

أساس مسؤولية الإدارة وواجبها

دراسة مقارنة
بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج



تأليف

عبد الملك يونس محمد

مدرس القانون العام المساعد

الطبعة الأولى

١٩٩٩ م

١٤٢٠ هـ

منتدى اقرأ الثقافي

www.iqra.ahlamontada.com

اساس مسؤولية الادارة وقواعدها

دراسة مقارنة

بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج



عبد الملك يوسف محمد

مدرس القانون العام المساعد

مقرر قسم القانون في كلية الحقوق - جامعة صلاح الدين / أربيل

الطبعة الاولى

أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها

دراسة مقارنة

بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج

الطبعة الاولى

عدد النسخ (١٠٠٠)

مطبعة جامعة صلاح الدين - أربيل

رقم الايداع (٢٤٢) لسنة ١٩٩٩

حقوق الطبع والنشر محفوظة

وَلَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَلَدَيْنَا

كِتَابٌ يَنْطِقُ بِالْحَقِّ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ

آية (٦٢) سورة المؤمنون)
صدق الله العظيم

رَفَعَ الْقَلَمَ عَنْ ثَلَاثَةٍ:

عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنِ النَّائِمِ
حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيْقَ، رَفَعَ
عَنْ أُمَّتِي الْخَطَا وَالنَّسِيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ.
حديث شريف

الأهداء

❁ الى كل من قرأها فدلني على عيب أو نقص فيها.
❁ الى كل من يسعى لضمان حقوق الأفراد بتطبيق
حكم القانون.



شكر وتقدير



لايسعني وقد تم انجاز طبع هذا الكتاب الا أن
أسجل جزيل شكري وتقديري للاستاذ(فاضل ميراني)
وزير الداخلية وذلك لدعمه طبع الكتاب وتحمله كافة
أعبائه من منطلق علمي مع تمنياتي له بالموافقة في
مهامه القومية النبيلة...

المؤلف

- محتويات الكتاب -

الصفحة	عنوان الموضوع
١٢	المقدمة
١٥	- الفصل التمهيدي -
١٥	التطور التاريخي لفكرة مسؤولية الإدارة (أساسها وقواعدها)
١٥	تمهيد وتقسيم :-
١٥	أولاً- مسؤولية الإدارة لدى الشعوب البدائية
١٧	ثانياً- مسؤولية الإدارة في القانون الروماني
٢٠	ثالثاً -مسؤولية الإدارة في الشريعة اللاتينية
٢٠	أ- في القانون الفرنسي القديم
٢٢	ب- التقنين الفرنسي الحديث
٢٦	رابعاً- مسؤولية الإدارة في الشريعة الإسلامية
٢٩	خامساً- مسؤولية الإدارة في الشريعة الانكلوسكسونية
٣١	سادساً -مسؤولية الإدارة في التشريع المصري
٣٢	سابعاً -مسؤولية الإدارة في التشريع العراقي
٣٥	الباب الأول - أساس مسؤولية الإدارة
٣٥	تمهيد وتقسيم :-
٣٨	- الفصل الاول - الطبيعة القانونية لمسؤولية الإدارة
٣٨	تمهيد وتقسيم :
٤٠	المبحث الاول - طبيعة مسؤولية الإدارة في فرنسا

٤٠	عصب الاول - الاجتهاد القائل بالمسؤولية الذاتية للإدارة
٤٨	عصب الثاني - الاجتهاد القائل بأن مسؤولية الإدارة هي عن فعل الغير
٥٧	المبحث الثاني - طبيعة مسؤولية الإدارة في مصر والعراق
٥٧	مطلب الاول - طبيعة مسؤولية الإدارة في مصر
٦٤	مطلب الثاني - طبيعة مسؤولية الإدارة في العراق
٦٤	اولا - في قانون الضمانات الملقى
٦٥	ثانياً - في القانون المدني النافذ
٧١	- الفصل الثاني - مسؤولية الإدارة على اساس الخطأ
٧١	تمهيد وتقسيم
٧٢	المبحث الاول - اساس المسؤولية الذاتية للإدارة (الخطأ المرفقي)
٧٣	المطلب الاول - تحديد مفهوم الخطأ المرفقي وتغيزه عن الخطأ الشخصي
٧٨	اولاً - معيار (النزوات الشخصية)
٧٩	ثانياً - معيار (جسامة الخطأ)
٨١	ثالثاً - معيار (الغاية)
٨٢	رابعاً - معيار (الانفصال عن الوظيفة)
٨٤	خامساً - معيار شاذي

- المطلب الثاني - حالات تقرير المسؤولية عن الخطأ المرفقي ومراجته- ٨٥
- ٨٥
- الفرع الاول - حالات الخطأ المرفقي**
- الفرع الثاني - درجة جسامه الخطأ المرفقي الموجب ٨٨
لمسؤولية الادارة
- المقصد الأول- درجة جسامه الخطأ المرفقي بالنسبة للأعمال القانونية ٨٩
(القرارات الادارية)
- ٩١
- اولا - عيب المحل (مخالفة القانون)
- ٩٣
- ثانياً - عيب الغاية (الانحراف بالسلطة)
- ٩٤
- ثالثاً - عيب الاختصاص والسبب
- ٩٦
- رابعاً - عيب الشكل
- المقصد الثاني - درجة جسامه الخطأ بالنسبة للأعمال المادية ١٠٠
- ١٠٠
- اولا - فيما يتعلق بالعوامل التي ترجع الى المرفق العام وتؤثر في درجة ١٠٠
جسامه الخطأ اللازم لمسؤولية الادارة
- ١٠٥
- ثانياً - العوامل التي تتعلق بالمضروور والتي تحدد درجة جسامه الخطأ ١٠٥
لمسؤولية الادارة
- الفرع الثالث - تطور العلاقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ١٠٧
ومسؤولية الادارة
- المقصد الاول - مسؤولية الادارة عن الخطأ الشخصي ١٠٨

- ١٠٨ أولاً- الجمع في المسؤولية بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي
- ١١٢ ثانياً- مسؤولية الادارة عن الخطأ الشخصي للموظف المرتكب اثناء الخدمة
- ١١٣ ثالثاً- مسؤولية الادارة عن الخطأ الشخصي للموظف المرتكب خارج الخدمة
- ١١٥ المقصد الثاني- مدى تأثير الأوامر الرئاسية على طبيعة اخطاء الموظفين
- ١١٩ المقصد الثالث- موقف القضاء والتشريع العراقيين من الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

١٢٤ المبحث الثاني- اساس المسؤولية التبعية للادارة

- ١٢٦ المطلب الاول- النزعة الشخصية في اساس المسؤولية التبعية للادارة
- ١٢٧ الفرع الاول- مفهوم الخطأ في القانونين المدني والاداري
- ١٣٠ الفرع الثاني- نظرية افتراض الخطأ بجانب الادارة
- ١٣١ المقصد الاول- الخطأ المفترض في الاختيار
- ١٣٤ المقصد الثاني- الخطأ المفترض في الرقابة والتوجيه

- ١٤٠ المطلب الثاني - النزعة الموضوعية في الأساس التبعية لمسؤولية الإدارة -
- ١٤٠ الفرع الاول - نظرية تحمل التبعية كأساس للمسؤولية
- ١٤٦ الفرع الثاني - نظريات أخرى في أساس مسؤولية الإدارة باعتبارها متبوعاً
- ١٥٥ المطلب الثالث - موقف التشريع والقضاء العراقيين من أساس المسؤولية التبعية للإدارة
- ١٥٥ الفرع الاول - أساس المسؤولية في قانون الضمانات الملغى
- ١٥٦ الفرع الثاني - أساس المسؤولية في القانون المدني النافذ وموقف القضاء منه
- ١٥٨ الفرع الثالث - أساس مسؤولية الإدارة في قانون اصلاح النظام القانوني وفي مشروع القانون المدني
- ١٦٠ **الفصل الثالث - مسؤولية الإدارة على أساس الضرر**
- ١٦٠ تمهيد وتقسيم :-
- ١٦١ **المبحث الاول - نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الإدارة**
- ١٦١ المطلب الاول - المسؤولية الموضوعية في القانون (عوامل ظهورها)
- ١٦٤ المطلب الثاني - مسؤولية المخاطر الإدارية
- ١٦٧ المطلب الثالث - شروط مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر

١٦٧	انفرع الاول -الضرر ومفهومه في القانونين المدني والاداري
١٧١	الفرع الثاني -علاقة السببية ومسؤولية المخاطر
١٧٤	مطلب الرابع -موقف الفقه من مسؤولية المخاطر
١٨٣	المبحث الثاني -تطبيقات نظرية المخاطر في القانون المقارن
١٨٣	مطلب الاول -النشريع والقضاء الفرنسيان
١٨٥	اولاً- مسؤولية الادارة عن مخاطر المهنة
١٨٦	ثانياً -مسؤولية الادارة عن الفصل المشروع لموظفيها
١٨٧	ثالثاً- مسؤولية الادارة عن الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية
١٨٨	رابعا -مسؤولية الدولة عن القوانين
١٩٠	خامسا- مسؤولية الدولة عن الاشغال العامة (الاتشاءات العامة)
١٩١	سادسا-مسؤولية الادارة عن الاضرار الناتجة عن نشاط الادارة الخطر
١٩٤	المطلب الثاني -النشريع المصري وقضاؤه
٢٠١	المطلب الثالث -النشريع والقضاء العراقيان
٢٠٧	الباب الثاني -القواعد التي تحكم مسؤولية الادارة
٢٠٧	تمهيد وتقسيم:-
٢٠٩	الفصل الاول -قواعد الاختصاص القضائي في مسؤولية الادارة (القواعد الشككية)

- ٢٠٩ تمهيد وتقسيم:-
- ٢١٠ **المبحث الاول -قواعد الاختصاص في فرنسا**
- ٢١١ المطلب الاول -معايير الدولة المدينة والفرقة بين اعمال السلطة واعمال الادارة
- ٢١٣ المطلب الثاني -معايير المرفق العام
- ٢١٥ المطلب الثالث -معايير اولوية القانون الواجب التطبيق
- ٢١٧ المطلب الرابع -معايير الشخص المعنوي العام
- ٢١٨ المطلب الخامس -الاختصاص القضائي المحدد بنصوص تشريعية
- ٢٢٠ المطلب السادس -حالات اخرى لقواعد الاختصاص القضائي
- ٢٢٢ **المبحث الثاني -قواعد الاختصاص في مصر**
- ٢٢٢ المطلب الاول -الاختصاص القضائي في مرحلة ما قبل انشاء مجلس الدولة المصري
- ٢٢٤ المطلب الثاني -الاختصاص القضائي في مرحلة ما بعد انشاء مجلس الدولة المصري
- ٢٢٨ **المبحث الثالث -قواعد الاختصاص في العراق**
- ٢٢٨ المطلب الاول -الاختصاص القضائي بالقضايا الادارية قبل عام ١٩٨٩

٢٣٢	المطلب الثاني - الاختصاص القضائي بالتضام الإداري بعد عام ١٩٨٩
٢٣٨	الفصل الثاني - القواعد الموضوعية التي تطبق على مسؤولية الإدارة
٢٣٨	تمهيد وتقسيم :-
٢٣٩	المبحث الأول - القواعد الموضوعية لمسؤولية الإدارة في فرنسا
٢٤٦	المبحث الثاني - القواعد الموضوعية لمسؤولية الإدارة في مصر
٢٤٨	المبحث الثالث - القواعد الموضوعية لمسؤولية الإدارة في العراق
٢٥٣	الخاتمة:
٢٥٦	المراجع:
٢٧١-٢٧٠	ملخص الكتاب بالانجليزية

المقدمة

موضوع البحث وأهميته^(*):

نبدأ بحمد الله جلّت قدرته، على سابغ فضله ونعمته، وفيض أحسانه ورعايته، فعليه غز وجل اعتمادنا، وبه سبحانه وتعالى أعترازنا.

ونصلي ونسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن أتبع هداة الى يوم الدين.
وبعد... فإن دراسة موضوع المسؤولية تكتسب أهمية كبيرة من بين موضوعات القاتون بصورة عامة نظراً لان المسؤولية تشكل القسم الاكبر من المنازعات المعروضة على القضاء، فهي تعد حجر الزاوية لكل نظام قاتوني. ومن الامور المسلم بها في المجتمعات المختلفة تقرير مسؤولية من يرتكب بعض الافعال التي تعتبرها تلك المجتمعات غير مشروعة لأنها تخالف المبادئ والقواعد فيها^(١).

والمسؤولية تعني تحمل المرء نتائج اعماله والتعويض عن الضرر الذي يسببه^(٢).
وتحتل مسؤولية الادارة مكاناً متميزاً في القاتون الاداري الحديث، لما تؤكد هذه المسؤولية من مبدأ المشروعية في نطاق اعمال الادارة. وانها تتصل بمبادئ العدالة التي تأتي ان تضحي بالفرد لمصلحة المجموع دون ان ينال حقه في التعويض. كما وتنسجم مع الأسس التي يقوم عليها تنظيم المجتمع من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية^(٣).

واذا كانت المسؤولية الادارية على تلك الدرجة المشار اليها من الاهمية فان بحث اساس هذه المسؤولية وقواعدها يصبح امراً ضرورياً لأنه لا يمكن معرفة حقيقة مسؤولية الادارة الا عن طريق بيان اساسها وقواعدها^(٤).

ومسؤولية الادارة تخضع لنوعين من القواعد القانونية. قواعد مقررة في القاتون المدني (قواعد المسؤولية المدنية) وقواعد اخرى قررها قضاء مجلس الدولة الفرنسي (قواعد المسؤولية الادارية) وهذا الاختلاف في القواعد انعكس على الاساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية في كل من فقه القاتون العام وفقه القاتون الخاص.

ومما يؤكد اهمية اساس المسؤولية الخلاف الفقهي الشديد الذي احتدم بشأنه، واختلاف التشريعات في سبل معالجته حتى قيل انه لا توجد مشكلة اثارته خلافاً في القاتونين المدني والاداري مثلما اثاره اساس مسؤولية الادارة.

(*) هذا الكتاب في الاصل أطروحة قدمت الى كلية القاتون والسياسة جامعة صلاح الدين - اربيل سنة ١٩٩٦ لتيل شهادة ماجستير في القاتون ونالت تقدير جيد جداً دون استلزام إجراء أي تعديل فيه.

(١) د. محمد حافظ غانم، المسؤولية الدولية، معهد الدراسات العربية العالية ١٩٩٢، ص ١٣.

(٢) د. طلال عامر المهنا، مسؤولية الموظفين ومسؤولية الدولة، ١٩٨٢، ص ١٢.

(٣) د. ثروت بلنوي، مبادئ القاتون الاداري، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ص ٥٣.

(٤) لا بد من القول ان المقصود بالادارة في هذه الدراسة ذلك الجانب للسلطة التنفيذية الذي يتولى الوظيفة الادارية بوجه عام من انشاء وتنظيم وإدارة المرافق العامة في الدولة. ومثلها الوزارات والاشخاص العامة المحلية والمرفقية اما الجانب الاخر لها فهي الحكومة التي تقرر السياسة العامة للدولة فتخرج بطبيعتها من نطاق البحث لانها تدرج تحت مواضع القاتون الدستوري والنظم السياسية.

وعلى الرغم من تعدد البحوث والرسائل المقدمة في مجال المسؤولية، إلا أن بعضها من جوانبها مازالت بحاجة إلى الدراسة والمعالجة، لهذا كان اختيارنا لموضوع أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها محاولة متواضعة في سبيل إزالة ما يحيط بهذا الأساس من غموض كما أنه محاولة للوصول إلى تحديد الأساس الصحيح لهذه المسؤولية وفقاً تقواعد المدنية والإدارية في ضوء الفقه والقضاء المدني والإداري. وعلاوة على ذلك كله فإنه لم يسبق لأحد في العراق في حدود المصادر المتوفرة - أن تصدى لهذا موضوع وبهذا الشكل.

وقد أجرينا هذه الدراسة مقارنة بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج وفي ظل الأنظمة القانونية المقارنة لكل من فرنسا ومصر والعراق، لأنه يمثل هذه الدراسة يمكن الوقوف على وجه التشابه والاختلاف والتأثير المتبادل بين هذه الأنظمة، ويمكن بواسطتها أن نفق ونطلع على ما في قوانين هذه الدول من مزايا ومما في القانون الوطني من نقص وعيب وثم ليتولى المشرع دوره في تطوير تشريعه عن طريق الاقتباس المدروس، ومما يزيد من أهمية الموضوع في العراق أنه لم يكن بعد نظام قانوني متكامل للمسؤولية الإدارية الذي أوضحته المادة ٢١٩ من القانون المدني.

وبالنظر لسعة مسؤولية الإدارة وتنوعها ينبغي أن نوضح حدودها وأنواعها، وأول ما يلفت النظر أن المسؤولية الجنائية تخرج من نطاق البحث، كما نستبعد المسؤولية التأديبية لأنها تجد مكانها في دراسة قضاء التأديب ولكنها تخضع لقواعد إدارية خاصة عليه فإن المسؤولية التي نروم دراسة أساسها وقواعدها هي المسؤولية الإدارية، وأعمال الإدارة التي تنجم عنها مسؤوليتها تشتمل على نوعين من الأعمال، أعمال قانونية *actes Juridiques*، وأعمال مادية *actes matériels*^(٥)، فبالنسبة للأعمال من النوع الثاني فإنها داخلة في نطاق دراستنا، أما الأولى فإنها تشتمل كلاً من العقود الإدارية التي نستبعد عنها من مجال البحث لأنها تتعلق في المحل الأول بموضوع العقود بصورة عامة كأحدى مصادر الالتزام. والقرارات الإدارية وما يترتب عليها من مسؤولية عنها فينصب عليها البحث. وبهذا فإن محور دراستنا يتحدد أساساً وقواعد مسؤولية الإدارة عن قراراتها وأعمالها المادية.

وختاماً فإن هذا البحث هو ثمرة جهد جهيد فقد لأقينا صعوبة كبيرة في سبيل إعداده، فمن تلك الصعوبات قلة المصادر في مكتبائنا وبعثرة الأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع وقلة معرفتنا باللغة الفرنسية، وعلاوة على ذلك كله الظروف الخاصة التي مرت بها المنطقة. غير أننا حاولنا أذلال تلك المشاكل والمعوقات وواصلنا طريق البحث والدراسة إلى أن خرج البحث على النحو الذي هو عليه.

ثم الإحاطة بالموضوع اقتضت منا التمهيد له بفصل تناولنا فيه الجذور التاريخية لاساس وقواعد المسؤولية بصورة عامة ومسؤولية الإدارة بصورة خاصة. ولأن الأساس عموماً يكون مشتركاً بين المسؤوليتين الإدارية والمدنية، إلا أن قواعدهما مختلفة لذا نطلب منا ذلك تخصيص الباب الأول لدراسة أساس مسؤولية الإدارة، والباب الثاني لبيان القواعد التي تحكم مسؤولية الإدارة، ثم لكي يكتمل البحث ختمناه بذكر أهم النتائج التي توصلت إليها من هذه الدراسة.

(٥) الأعمال القانونية تأتية الإدارة بقصد أحداث آثار قانونية عليها. والأعمال المادية تقوم بها الإدارة دون أن تنجم إرادتها لترتيب آثار قانونية عليها.

خطة البحث

وزعت هذا البحث على بابين يتقدمهما فصل تمهيدي خصصته لدراسة التطور التاريخي لمسؤولية الإدارة (أساسها وقواعدها) ابتداء من عصر ما قبل الحضارة والشرائع القديمة وانتهاء بالقوانين الحديثة لكل من فرنسا ومصر والعراق.

وخصصت الباب الأول لدراسة أساس مسؤولية الإدارة، وقد قسمته إلى ثلاثة فصول تناولت في الفصل الأول الطبيعة القانونية لمسؤولية الإدارة، وقسمته إلى مبحثين كرس المبحث الأول لدراسة الطبيعة القانونية لمسؤولية الإدارة في فرنسا وخصصت المبحث الثاني لدراسة طبيعة مسؤولية الإدارة في مصر والعراق.

وتكلمت في الفصل الثاني عن مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ، وقد تضمن هذا الفصل مبحثين، تطرقت في المبحث الأول لبيان أساس المسؤولية الذاتية والمباشرة للإدارة، وتناولت في المبحث الثاني أساس المسؤولية التبعية للإدارة.

وعقدت الفصل الثالث لدراسة مسؤولية الإدارة على أساس الضرر. وقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين، تناولت في المبحث الأول نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الإدارة بينما عرضت في المبحث الثاني تطبيقات نظرية المخاطر في القانون المقارن.

أما الباب الثاني فقد كرسه لبيان القواعد التي تحكم مسؤولية الإدارة، وقد وزعت هذا الباب إلى فصلين، تناولت في الفصل الأول قواعد الاختصاص القضائي لمسؤولية الإدارة، وخصصت الفصل الثاني لمعالجة القواعد الموضوعية في حكم مسؤولية الإدارة. وأخيراً ختمت الرسالة بخاتمة موجزة تضمنت أهم الاستنتاجات التي توصلت إليها من خلال البحث.

ويسرني أن أتقدم بالشكر والأمتنان لأساتذتي الأفاضل الأستاذ الدكتور سعيدي البرزنجي لمؤازرته ودعمه العلمي المتواصل لنا، والأستاذ الدكتور عبدالرحمن رحيم عبدالله الذي تفضل مشكوراً بالأشراف على هذه الرسالة، والأستاذ المساعد الدكتور شيرزاد احمد النجار لما بذله من تعاون مثمر معنا في كل مراحل الدراسة.

كما أتوجه بالشكر والتقدير لكل من المحامي عبدالكريم أبو بكر هموند لما بذله من جهود سخية على تقويم وتصحيح الرسالة من الجوانب اللغوية والنحوية. والسيد عزيز عبدالاحد عوديش الذي أبدى تعاوناً سخياً معي في ترجمة النصوص الفرنسية من المصادر العلمية التي أقتبست منها ما تغني الرسالة.

وختاماً أشكر كافة العاملين في المكتبات التي أستفدت منها وجميع السادة الذين وفروا لي المراجع اللازمة، وأقدم أمتناني لكل من ساهم ولو بكلمة واحدة في أغناء هذا البحث وجزا الله الجميع عنا خيراً.

-الفصل التمهيدى-

التطور التاريخي لفكرة مسؤولية الإدارة

أساسها وقواعدها

تمهيد و تقسيم:-

من مسلمات العصر الحديث أن الإدارة مسؤولة عن نتائج أعمالها غير المشروعة تضررة لما فيها من مساس بحقوق و مصالح الافراد . وناس هذه المسؤولية أما خطأ ينسب إلى جهة الإدارة ، وحينئذ تكون المسؤولية قحمة على أساس الخطأ، أو ضرر يترتب عن أعمالها و يصيب الغير فتكون مسؤوليتها مبنية على أساس الضرر^(٦).

على أن هذه المسؤولية لم يتم التسليم بها اعتباطا ولم توجد بشكل مفاجئ أو دفعة واحدة، وإنما كانت ثمرة محاولات جريئة وجهود مضنية في سبيل تجاوز المعوقات و تغير المفاهيم التي كانت تتنافى معها، منها تغير مفهوم السيادة المطلقة للدولة إلى سيادة مقيدة بمبادئ الدستور والقانون . إذ كانت الدولة غير مسؤولة عن نتائج أعمالها في ظل النظريات التقليدية للسلطة والحكم (كالسلطة الروحية للحاكم، والتقييد الذاتي للدولة، والحق الوراثي في الحكم) أو غيرها من المفاهيم التي سادت القرون الماضية^(٧). وبما أن تطور مسؤولية الإدارة في أساسها وقواعدها قد حدث مترابطاً مع تطور مفهوم المسؤولية عموماً، فيكون من الصعب تفهم و استيعاب أساس وقواعد المسؤولية الإدارية بمعزل عن معرفة أساس المسؤولية المدنية و تطورها عبر الشرائع و القوانين القديمة، باعتبار أن هذه الشرائع هي المصادر التاريخية للقوانين الوضعية في العصر الحديث^(٨).

و انطلاقاً من هذا المفهوم تعين علينا في هذا الفصل استعراض تطور فكرة المسؤولية منذ تكوّن المجتمعات البدائية و حتى وقتنا الحاضر وعلى النحو الآتي :-
أولاً -مسؤولية الإدارة لدى الشعوب البدائية

كانت فكرة الأخذ بالتأثر الأساس الأول للمسؤولية المدنية عند الشعوب البدائية و التي بدورها لم تكن سوى مظهر من مظاهر المسؤولية الجنائية حيث كان للمتضرر أن

(٦) د. سليمان محمد الطماوي ، دروس في القضاء الاداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة، ١٩٧٤، ص٨-وانظر كذلك د. حسن

خليل و سعد المصفر ، القضاء الاداري ، منشأة المعارف بالاسكندرية، بلا سنة طبع ، ص٥٥٩

(٧) د. محمد فاروق النبهان ، نظام الحكم في الاسلام . مطبعة الجامعة ، الكويت ، ١٩٨٧، ص٤٦-٤٧

(٨) يقول الفيلسوف الروماني شيشرون ، ان جهل الانسان لما جرى قبل ولادته هو كيقانه طفلاً ابداً ..-راجع في ذلك السيد

عباس عبودي ، تاريخ القانون ، مديرية دار الكتب للطباعة و النشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٨، ص١٠٧ .

يثار لنفسه و يلحق الأذى بمن أضره و هذا ما كان يسمى بالقضاء الخاص ، ولم يكن حق الثأر في بادئ الأمر منظما، فكان المعتدى عليه يببالغ في استعمال هذا الحق حسبما تملي عليه أهواؤه و غرائزه إلى حد يستفز عشيرة الجاني و يستثيرها، فيتبادل الجانبان فتيل العدا و إيقاع الأذى ببعضهما البعض لحقبة زمنية طويلة و ربما لم تكن تقف ألا بتدخل طرف ثالث و فرض تحكيمه عليهما^(٩).

و على أثر هذا الوضع من الاضطراب و عدم الاستقرار نتيجة العدا المتولد بين القبيلتين، ابتدع نظام التخلي (Abondonnoxa) للتخفيف من مسؤولية عشيرة الجاني و ذلك بالتخلي عن الأخير و تركه تحت رحمة عشيرة المجني عليه^(١٠).

وبظهور المجتمعات المنظمة، رأت السلطة المركزية ضرورة تحديد حق الثأر و العمل على عدم تمكين المضرور من الإسراف فيه فنظمت القصاص (Letation) اعترافا بالثأر و تحديدا لآثاره إذ أجازت للمضرور أن يحدث بالمعتدي مثل الأذى الذي أصابه^(١١).

و في مرحلة تالية من التطور و مع تقدم الزمن و اشتباك المصالح الاجتماعية و خمود حدة الطابع البدائي، استعوض عن مبدأ إلحاق الأذى بشخص المعتدي باقتضاء مبلغ من المال منه فظهر نظام الدية (Composition).

وكانت الدية اختيارية في أول الأمر يتفق على تحديدها الطرفان المتخاصمان، ثم باتت إلزامية و محددة القيمة سلفا بمقتضى العرف أو القانون^(١٢).

على أن ما كان يصيب الفرد من ضرر نتيجة المساس بشرفه لم يكن يخضع لأحكام الدية الإجبارية.

إذ كان يحق للمعتدى عليه الأخذ بالثأر، و كانت المباراة هي الوسيلة التي يلجأ إليها لغسل المهانة في هذا النوع من الأضرار^(١٣).

و في تطور لاحق رأت السلطة المركزية منذ أن اشتد ساعدها، إن بعض الجرائم لا يقتصر أثرها على الفرد و إنما يتعداه إلى المجتمع بأسره لاخلاله بالنظام العام للمجتمع،

(٩) انظر د سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ٨-د. عبدالحى حجازي، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام، الجزء الثاني، مطبعة قضة مصر، ١٩٥٤، ص ٤٣٣-د. شبيب احمد سليمان، المسؤولية المدنية على تحمل النبعة، مقالته في مجلة القانون المقارن، العدد الخامس عشر، السنة العاشرة، ١٩٨٣، ص ٣٦٩ ص ٣٩١ بالإشارة إلى ص ٣٧١ و د صوفي حسن ابو طالب، مبادئ تاريخ القانون، بيروت، ١٩٦٥، ص ٦٧.

(١٠) حجاز صابر طه، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، مطابع جامعة الموصل، ١٩٨٤.

ص ٣٢

(١١) د. حسن عبي الدنون، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦، ص ٢١١.

(١٢) حسين عامر و عبدالرحيم عامر، المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، الطبعة الثانية، دار المعارف، ١٩٧٩، ص ١١٦.

(١٣) د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ٧٢.

فجذات بتوقيع الجزاء على كل من يرتكب جرماً يمس استقرار المجتمع فنشأ بذلك حق لدولة في توقيع العقوبة على الجاني باسم المجتمع، و عقب ذلك تقسيم الجرائم إلى عدة تسميات كيان المجتمع مباشرة (كالنكس و الخيانة و القتل) تولت السلطة فرض جزاء عليها، و جرائم خاصة تسم كيان المجتمع بشكل غير مباشر و فيها اقتصر دور لسلطة على فرض الدية على الجاني^(١٤).

أما ما يتعلق بمسؤولية الدولة (الإدارة) تجاه الأفراد فلم تكن مقررمة بصورة عامة في ظل النظام الذي كان سائدا لدى تلك الشعوب باستثناء حالات قليلة وردت في قوانينها، منها ما نصت عليه شريعة حمورابي من أن الدولة عندما لا تتمكن من معرفة القاتل تعتبر نفسها هي المسؤولة عن الجريمة و تدفع التعويض لورثة القتيل^(١٥)، إذ أن لعراقيين القدماء عرفوا القوانين قبل غيرهم من الشعوب^(١٦).

يتبين لنا مما تقدم أن المسؤولية الجنائية كانت هي الأصل في المجتمعات القديمة، وإنها كانت تقوم على أساس الضرر الذي يصيب المجني عليه، إذ لم تكن فكرة الخطأ معروفة عندهم. أما المسؤولية المدنية أو الإدارية فلم تكن واضحة المعالم، إذ كانت تذوب في المسؤولية الجنائية و من ذلك يمكننا و صف المسؤولية في تلك العصور بأنها مسؤولية جنائية موضوعية .

ثانيا - مسؤولية الإدارة في القانون الروماني

لم يتضمن القانون الروماني في أية مرحلة من مراحل تطوره نظرية عامة في المسؤولية المدنية على النحو المعروف في التقنيات المدنية الحديثة^(١٧)، إذ نجد أن هذا

(١٤) د. منذر عبد الحسين الفضل، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٩١، ص ٢٩٥ د. حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المصدر السابق، ص ١١٧.

(١٥) د. طلال عامر المهتار، المصدر السابق، ص ١٣ - و انظر أيضا د. ابراهيم عبد الكريم غازي، تاريخ القانون في وادي الرافدين و الدولة الرومانية، ط ١، مطبعة الازهر، بغداد، ١٩٧٣، ص ٥٤.

(١٦) إذ يعتقد ان بداية معرفة الشعوب العراقية القديمة للقانون راجع الى حوالي ٤٠٠٠ سنة قبل الميلاد - انظر د. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣، ص ٤ ص ٥.

(١٧) لابد من ان نشير الى ان تطور القانون الروماني قد مر بادوار متعددة اختلف الشراح حولها فقد تم تقسيمه بحسب عصور التاريخ السياسي لروما الى اربعة عصور و هي - ا- العصر الملكي (٧٥٤ - ٥٠٩ ق.م) - ب- العصر الجمهوري (٥٠٩ - ٢٧ ق.م).

- ج- عصر الامبراطورية العليا (٢٧ ق.م - ٢٨٤ م) - د- عصر الامبراطورية السفلى (٢٨٤ م - ٥٦٥). كما و اقترح البعض تقسيم مراحل تطور القانون الروماني وفقا لمعيار قانوني الى - ا- عصر القانون القديم و يشمل (العصر الملكي و جزء من

العصر الجمهوري) - ب- العصر العلمي (١٣٠ ق.م - منتصف القرن الثالث بعد الميلاد) - ج- عصر الامبراطورية السفلى (٢٨٤ - ٥٦٥). غير ان هذه التقسيمات هي تقسيمات نسبية و غير دقيقة لان كل نظام قانوني او سياسي في عهد ما او في

عصر معين هو وليد العصر الذي يسبقه. انظر في هذا الصدد الدكتور صبيح مسكوني، القانون الروماني، الطبعة الثانية، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧١، ص ٢٠ - ٢١ - الدكتور عباس العبودي، تاريخ القانون، دار الكتب للطباعة و النشر، جامعة موصل،

القانون قد نص على حلول جزئية لمسائل حددها حصرا، وبين شروط تحقق المسؤولية عنها والجزاء المترتب عليها .

وقد ازدادت القواعد الخاصة بالمسؤولية تدريجيا و اتسع نطاق تطبيقها بتأثير الظروف الاجتماعية ولكن لم تكن تجمع تلك القواعد أية جامعة عامة^(١٨).

إلا أن الرومان كانوا يعتبرون الجريمة فقط عملا غير مشروع دون سواها . و قد قاموا بالتمييز بين الجرائم العامة و الخاصة ، إذ تضمن قانون الألواح الاثني عشر و هو من اقدم قوانين روما على مجموعة من الجرائم التي تقع على الأشخاص و تسمى (Injuria) كحالات الاعتداء الواقع على الجسم من قتل و بتر عضو (mumrum) و كسر عظم (osfractum) و حالات أخرى، وعدتها من الجرائم العامة في حين اعتبرت جرائم أخرى كالسرقة من الجرائم الخاصة . و إن الدية كانت جزاء لهذه الجرائم ، فكانت إجبارية في بعض منها و اختيارية في بعضها الآخر^(١٩).

و الواضح ان الدية في الحالتين كانت تتضمن في ذاتها معنى العقوبة و التعويض معا، و هذا شيء وارد و لا سيما ان الدية قد حلت محل الثار، فظل اثرها بارزا على نظام الدية .

و بصور قانون اكيليا سنة ٢٨٩ ق .م الذي نص على صور خاصة من الفعل الضار الذي يقع على ممتلكات الغير من الرقيق والماشية و اشياء اخرى و رتب على تلك الافعال تعويضا مقدرا بقيمة اعلى من الضرر الواقع بالضحية وضعت اللبنة الاولى للمسؤولية المدنية ، و هذا يعني ان التعويض كان يتضمن معنى العقوبة (الغرامة) . و على الرغم من اهمية صدور هذا القانون فانه عجز عن وضع قاعدة عامة للمسؤولية المدنية، و مع ذلك فقد اعتبرت خطوة لا بأس بها في مجال ارساء هذه المسؤولية.

اما أساس المسؤولية في ظل قانون اكيليا فلم يكن مقتصرا على التعدي المادي الصادر عن الجاني بل اشترط اضافة الى ذلك وقوع خطأ منه، وان أي اهمال او تقصير مهما كان تافها كان يكفي لتحقيق المسؤولية ازاءه .

و مع ذلك فان الخطأ بمفهومه الحديث لم يصبح أساسا للمسؤولية الا مع نهاية العهد الجمهوري بحكم قواعد الاخلاق و بتأثير الفلسفة الاغريقية حيث كان الضرر قبل ذلك هو أساس المسؤولية، و باستثناء الاعمال التدليسية التي كان الخطأ أساسا للمسؤولية عنها، فان الضرر كان الأساس المعول عليه^(٢٠).

(١٨) د. عبدالرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام، المجلد الاول، دار احياء التراث العربي.

بيروت بلا سنة طبع ص ٧٦٣ بد ٥١٧.

(١٩) د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ٧٤-ايضا همزة خمر، نظرية تحمل التبعة و تطبيقها في التشريع المقارن، رسالة

ماجستير مقدمة الى كلية القانون و السياسة بجامعة بغداد، ١٩٨٨، ص ٤.

(٢٠) انظر د. غازي عبدالرحمن ناجي، بحثه الموسوم المسؤولية عن الاشياء غير الحية و تطبيقها القضائية، مجلة العدالة، العدد

الثاني، السنة السابعة، ١٩٨١، ص ٩ ص ٨٥ بالاشارة الى ص ٢٠-و ايضا

و فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير ،فان الشراح اختلفوا بشأنها.فيذهب راي^(٢١) لى ان القانون الروماني قد عرف المسؤولية عن فعل الغير و دليل ذلك هو ما ورد في قنن الالواح الاثني عشر بشأن مسؤولية صاحب السفينة (L armateur) عن الاضرار التي تقع للبضائع المودعة لديه و يستوي في ذلك ان يكون الضرر قد حدث بفعل احد بحرته او بفعل أي شخص اخر . و ايضا مسؤولية مالك الاسطبل و صاحب الفندق (Logeur) عن اخطاء تابعيهم متى مانتج عنها ضرر للنزلاء او اصحاب تلك الخيول . و كذلك ما ورد في مدونة جستنيان في باب الالتزامات الناشئة عن شبه الجريمة من تنصوص التي عالجت الضرر الناتج عن سقوط او القاء شيء من المنزل التي ترتب مسؤولية ساكنيه بالتضامن سواء كانوا مالكيين او مستأجرين دون حاجة الى اثبات خطئهم.

وينكر راي ثاني^(٢٢) عن القانون الروماني معرفته لهذا النوع من المسؤولية في مختلف عصوره على الاطلاق مؤكدا ان ما جاء في قانون الالواح الاثني عشر من حالات لا تقوم المسؤولية فيها على الافعال غير المشروعة من الغير، وانما تركز المسؤولية فيها على الخطأ الشخصي لذلك المسؤول و المتمثل باخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية، لذا فان مسؤولية صاحب السفينة و مالك الاسطبل و صاحب الفندق ليست مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير بل هي مسؤولية عقدية عن فعل شخصي . اما بخصوص مسؤولية ساكن الدار عما يلقي او يسقط منها من الاشياء فهي ايضا ليست مسؤولية عن فعل الغير وانما هي مسؤولية شخصية و مباشرة التي يشترط لقيامها ثبوت الخطأ في جانب ساكن الدار .و يؤيد هذا التفسير ان المادة ١٧٧ من العرف البريتوري كانت تقرر ان الاضرار الناشئة عن الاشياء غير الحية لا توجب مسؤولية الاشياء الا اذا ثبت خطأ مالكة او حارسه^(٢٣).

على اننا نرجح ما قال به الراي الاول من ان القانون الروماني قد عرف المسؤولية عن فعل الغير (مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع او المسؤولية عن الاشياء) ولكن

Barry Nicholas, An introduction to Roman Law Oxford At the clarendon pressy Great Britain ,1927,P.223.

(٢١) من انصار هذا الراي -الدكتور توفيق حسن فرج ،النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ،الجزء الاول جامعة الاسكندرية ،١٩٧٨، ص٤٧١-د.محمد لبيب شب ،المسؤولية عن الاشياء ،مكتبة النهضة المصرية ،١٩٥٧، ص٩- د.عبد السلام الترماني ،الوسيط في تاريخ القانون و النظم القانونية ،الطبعة الثالثة،مطبعة ذات السلاسل، الكويت،١٩٨٢، ص١٣٨.

(٢٢) انظر في هذا الراي -د.محمد الشيخ عمر ،مسؤولية المتبوع ،مطابع سجل العرب ،القاهرة، ١٩٧٠، ص ١٥-د.عباس عبودي ،المصدر السابق ،ص ١٨٦. د.عباس حسن صراف ،المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار الكتاب العربي ،مصر، ١٩٥٤، ص٤٣-د.عبدالرحمن ناجي ،مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع ،بحث منشور في مجلة العدالة ،العدد الثالث ،المنة الاولى ،١٩٧٥، ص٦٣٣-٦٦٤ بالاشارة الى ص٦٣٥.

(٢٣) د. محمد لبيب شب ،المصدر السابق ،ص ٩.

عرفها في نطاق محدود اقتصر على تلك الحالات التي نص عليها قاتون الاواح الاثنى عشر و مدونة جستنيان باعتبار انها حالات للمسؤولية وردت على سبيل الحصر .

فوفقا لذلك يمكننا القول بان القانون الروماني مثلما خلا من نظرية عامة كاملة للمسؤولية المدنية فاته لم يعرف نظرية عامة للمسؤولية عن فعل الغير .

اما مسؤولية الادارة -باعتبارها صورة من صور المسؤولية عن فعل الغير- في ظل هذا القانون فالثابت ان الرومان لم يقرروا هذه المسؤولية ، اذ لم تكن للأفراد حقوق يمكنهم التذرع بها ازاء الحاكم الذي كان يلزم ولا يلتزم ، و حيث ان الدولة كانت تتجسد في شخصه فلم يكن مسؤولا الا امام الالهة فلم ترد نصوص في أي من القوانين التي صدرت في روما تجعل الحاكم مسؤولا ازاء الافراد عن الاضرار التي تلحق بهم^(٢٤).

و بذلك يظهر ان القانون الروماني قد رجح مصلحة الادارة (الحاكم) على مصلحة الافراد ، فلم يقر مسؤوليتها ازانهم لكي يضمن حسن سير اعمال السلطة الادارية في الدولة^(٢٥).

ثالثا- مسؤولية الادارة في الشريعة اللاتينية .

هنا سنقتصر في بحثنا على مسؤولية الادارة في القوانين الفرنسية لكونها تقف في مقدمة الدول ذات الاتجاه اللاتيني و سنوزعه على نظامين قاتونين سادا عهدين مختلفين في فرنسا، اولهما القانون الفرنسي القديم والثاني التقنين الفرنسي الحديث لسنة ١٨٠٤ .

أ- في القانون الفرنسي القديم :-

تضمن هذا القانون كل تلك القواعد و النظم القانونية التي سادت فرنسا بعد انهيار الامبراطورية الرومانية ب وفاة الملك جستنيان سنة ٥٦٥ م و استمرت حتى قيام الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩م^(٢٦). واجهه القانون الفرنسي القديم المسؤولية في البداية بنفس الفكرة التي كانت سائدة في عهد الرومان حيث صبغها بالصبغة الجنائية باعتبارها بدلا لحق النار.

لكن القانون في هذا العصر لم يقف تطوره عند الحد النظري كالقانون الروماني ، بل بدا بالتميز بصورة فعلية بين المسؤولية الجنائية و المسؤولية المدنية ، و اوجب التعويض عن جميع الافعال الضارة و تلا ذلك التميز بين الجرائم التي تتضمن جزاء جنائيا و مدنيا معا و بين الجرائم التي لا تتضمن الا جزاءا مدنيا . و لذا بدا التميز يظهر واضحا بين المسؤوليتين المدنية و الجنائية لان فكرة التكفير المدني و التي تقوم على

(٢٤) انظر د. عدنان العجلاني ، الوجيز في الحقوق الادارية ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، مطابع دار الجامعة ، دمشق ، ١٩٦١ ، ص ٣٤٧ .

(٢٥) د. حسن زكريا ، مقاله الموسوم مسؤولية الدولة ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث ، السنة الثالثة عشرة ، ١٩٥٥ .

ص ٢٦ بالاشارة الى ص ٩ و مابعدا .

(٢٦) د. صيح مسكوني ، المصدر السابق ، ص ٨٩ .

صلص جنائي ظهرت باعطاء اولياء الدم حق المطالبة بالتعويض بعد المجني عليه، يعتبرهم اصحاب حق الثأر. و قد ساهم ذلك في ايجاد أساس مشترك تقوم عليه جرائم الأموال و هو الإهمال و عدم التبصر. و من ثم برزت فكرة الخطأ لتصبح أساساً لمسئولية المدنية^(٢٧). وفي تطور لاحق قرر هذا القانون قاعدة مؤداها، ان كل ضرر يقع نتيجة خطأ مهما كان بسيطاً يجب ان يقوم بالتعويض عنه من كان جهله او عدم تبصره و اهماله سبباً في وقوعه. و حصل هذا بتأثير تعاليم الكنيسة و قواعد الاخلاق. غير ان فكرة الخطأ لم ترق الى حد ان تتأسس عليها فكرة المسؤولية الا على يد الفقيه الفرنسي دومات (Domat) و الذي عممها و صاغ منها مبداً عاماً يكون كل شخص بموجبه ملزماً بتعويض ما يسببه بخطئه من ضرر بالغير. كما فرق بوتيه (Potteir) بين الجرح المدنية و تشبه الجرح باعتبارها مصادر للالتزام. وقد تم التمييز بين المسؤولية التقصيرية و العينية و برزت فكرة تدرج الخطأ في مجال المسؤولية العينية^(٢٨).

و يمكننا القول ان المسؤولية المدنية قد اكتمل لها كيانها، كما وتحددت المسؤولية الجنائية بمبدا (لأجريمة و لا عقوبة الا بنص) وقد اصبح في الامكان مساءلة المرء عن فعل غيره دون ان يتقرر بشأنها مبدا عام، و كذلك مساءلته عن فعل الاشياء و الحيوانات. على ان الخطأ ظل أساساً للمسؤولية في كل هذه الحالات وفقاً لقاعدة (لا مسؤولية دون خطأ)^(٢٩). اما مسؤولية الإدارة، فنجد ان القانون الفرنسي القديم لم يقر بها ايضاً لانها كانت تتناقض مع فلسفة الحكم ابان تلك الفترة حيث لم يكن من المعقول ان يخضع الملك (الإدارة) للقانون في الوقت الذي كانت ارادته مصدر القانون. و اذا حدث و ان قامت الإدارة بتعويض المتضرر من اعمالها فان ذلك لم يكن الا من باب التبرع و الحسنة^(٣٠).

فثمة عوامل سادت في تلك الفترة و ساعدت على ترسيخ مبدا عدم مسؤولية الإدارة في فرنسا، منها :-

١- العامل السياسي و يتمثل في الظروف السياسية التي سادت فرنسا آنذاك المتعلقة بالصراع الذي كان على اوجه بين الملك (الإدارة) و الاقطاع، حيث كانت مصالح اقطاع عرضة للتضرر أكثر من غيرها جراء عدم مسؤولية الإدارة و ممثليها. فكان في تقرير مسؤولية الإدارة ما يحول بين الملك ونجاحه في تقويض دعائم الاقطاع المعرقل الأساسي لنشاط الإدارة^(٣١).

(٢٧) جيار صابر، المصدر السابق، ص ٣٦-٣٧ و د. حسين عامر و عبدالرحيم عامر، المصدر السابق، ص ١١٨.

(٢٨) انظر د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية و المسؤولية العاقبة، مطبعة الحداد، البصرة، ١٩٦٨، ص ١٠٣.

- و د. عبد الحى حجازي، المصدر السابق، ص ٤٣٤.

(٢٩) راجع د. عبدالرازق السهوري، المصدر السابق، ص ٧٦٥-٧٦٦. أيضاً د. غازي عبدالرحمن ناجي، المسؤولية عن الاشياء غير

الحية و تطبيقاتها القضائية، بحثه السابق ص ١١.

(٣٠) د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٨.

(٣١) د. حسن زكريا، المرجع السابق، ص ١٠.

٢- العامل الاقتصادي - إذ كان المذهب الاقتصادي السائد في أوروبا بشكل عام و في فرنسا بوجه خاص هو الفردية المتطرفة (Individulism) ، و ما رافق ذلك من تسبب اقتصادي (laissez faire) الذي كان يحتم على الإدارة ان لا تتدخل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية في الدولة و ان تلزم الحياد التام ازاء نشاط الافراد فيما بينهم وان تقصر دورها في حفظ المرافق التقليدية (ادارة القضاء، تامين سلامة الدولة من العدوان الخارجي، حفظ الامن الداخلي)، و بعبارة اخرى كانت الدولة هي الدولة الحارسة فكان هذا النشاط المقيد للإدارة يستبعد امكانية تضرر الافراد من جرائمها^(٣٢).

٣- العامل الدستوري - حيث كانت دساتير الدول تكتفي بتعداد الحقوق و الحريات الأساسية دون ان تتطرق لبيان هيئات الدولة ووظائف كل منها و نطاق اختصاصها و الجزاء المترتب على تجاوزها و تفرض لزوم احترامها كونها مبادئ انسانية ثابتة تأتي امتدادا للمواثيق المتصلة بحقوق الانسان و من امثلتها الماگنا كارتا Magna Charta ١٢١٥ و عريضة الحقوق الانجليزية ١٦٢٨ و الميثاق الامريكي لسنة ١٧٧٦ و الفرنسي لسنة ١٧٩١ . و مما عزز هذا التوجه الدستوري فيما بعد اعمال دولية مشتركة كميثاق الامم المتحدة ١٩٤٨ و تفاهم الاوربي لحقوق الانسان و من ثم ميثاق دلهي ١٩٥٩ و الكندي ١٩٦٠^(٣٣).

و لكن مع نهاية عهد القانون الفرنسي القديم تقررّت مسؤولية الموظف عن اخطائه الادارية ازاء الافراد فأصبح بإمكان المضرور مقاضاة الموظف امام القضاء المختص بعد ان كان يرفض في بادئ الامر النظر في طلبات الافراد ضد موظفي الإدارة بصفتهم الوظيفية .

و مهما يكن من امر فان مقاضاة الموظف لم تكن امرا عاديا حيث كان مشروطا بضرورة الحصول على رخصة من جهة الإدارة التي يتبعها الموظف ، فسمي هذا (بنظام القرار الاداري السابق) ، و لم تكن الإدارة لتمنح هذه الرخصة الا في احوال قليلة ، لذلك فان مسؤولية الموظف كانت امرا نظريا في جوهرها ابان تلك الفترة من التطور^(٣٤).

ب- التقنين الفرنسي الحديث .

بصدور التقنين الفرنسي لسنة ١٨٠٤ تحقّق التطور الجوهري في مجال المسؤولية، ودار تطورها حول فكرة الخطأ ، فقد قام هذا القانون بتدوين كل النظم و احكام المسؤولية التي كانت قائمة في ظل القانون الفرنسي القديم . فاستقرت فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية في كل الحالات التي تضمنتها نصوص هذا القانون^(٣٥). فقد خصص المشرع الفرنسي لاحكام المسؤولية المدنية خمس مواد من المادة ١٣٨٢ الى المادة ١٣٨٦ ،

(٣٢) د. عبدالرحمن نورجان الايوبي، القضاء الاداري في العراق حاضره و مستقبليه، دار مطابع الشعب، ١٩٦٥، ص ٧٤.
(٣٣) Hood Philips, Constitutional and administrative law, fourth edition, 1973, P.16

و انظر ايضا - ياسل يوسف ، في سبل حقوق الانسان ، الطبعة الاولى ، دار الشؤون الثقافية ، بغداد ١٩٨٨، ص ١٥ - و د. محمد سعيد المجذوب، الحريات العامة و حقوق الانسان ، ط ١ ، جروس برس - طرابلس، لبنان، ١٩٨٦، ص ٣٦.
(٣٤) د. حسن زكريا المصدر السابق، ص ١١.

(٣٥) انظر د. عبدالحلي حجازي، المصدر السابق، ص ٤٣٤ - د. حنين عامر و عبدالرحيم عامر، المصدر السابق، ص ١٢١

ضمن المادة ١٣٨٢ القاعدة العامة في المسؤولية كما ابرزها "دوما" و ذلك بنصها على ان " كل فعل لشخص ايا كان يحدث ضررا للغير يلزم بالتعويض هذا الذي احدثه خطئه".

ثم بحث القانون الفرنسي المسؤولية عن الاشخاص و اقامها على فكرة الخطأ ايضا، فقد نصت المادة ١٣٨٣ على ان " كل شخص مسؤول عن الضرر الذي احدثه ليس فقط بغيره ولكن ايضا باهماله او عدم تبصره ". ثم نصت المادة ١٣٨٤ في فقرتها الاولى على تقرير تلك المسؤولية بالنسبة للاعمال غير المشروعة التي تقع ممن يعتبر مسؤولا عنهم و ذلك بقولها " الشخص لا يسأل عن فعله الشخصي فحسب، بل عن افعال من هو مسؤول عنهم عندما تتسبب تلك الأفعال في الاضرار بالغير، كما يسأل عن الاشياء التي تحت حراسته " ثم اوردت الفقرات التي تلتها اولئك الاشخاص، فنصت على مسؤولية الاب و الام و المربي عن الاضرار المحدثه بفعل الاولاد القصر المقيمين معه (م/١٣٨٤/٢)، و على مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع (م/١٣٨٤/٣) اما المادتان ١٣٨٥ و ١٣٨٦ وقد تضمنتا المسؤولية عن الاضرار الواقعة بسبب الحيوان و البناء^(٣٦).

و الواقع ان الخطأ الوارد في هذه المواد واجب الاثبات تجاه المدعى عليه من قبل المضرور الى جانب اركان المسؤولية الاخرى من الضرر و العلاقة السببية بينه و بين خطأ، ووفقا للقاعدة العامة في الاثبات التي تقرر أن عبء الاثبات يقع على المدعي.

ثم رأى المشرع ان في تكليف المضرور مدعي المسؤولية عبء اثبات الخطأ يكون امرا عسيراً عليه في اغلب الاحيان بحيث يصعب عليه الحصول على حقه في التعويض. كما و دلت الظروف التي استجدت على قصور فكرة الخطأ لمواجهة هذه التطورات، فاصبح امر اشتراط ثبوت الخطأ لقيام المسؤولية اجحافاً و ظلماً بحق المطالب بالتعويض. فهكذا لكل هذه الاسباب و بتأثير كتابات الفقهاء اخذت فكرة الخطأ تضعف شيئاً فشيئاً حتى اوشكت ان تختفي في بعض الحالات، تارة تحت ستار الخطأ المفترض فرضاً قابلاً لاثبات العكس و اخرى تحت ستار الخطأ المفترض فرضاً غير قابل لاثبات العكس، حتى اختفت تماماً في حالات أخرى وحلت محلها نظرية المخاطر او تحمل التبعات^(٣٧). و كان الفقه هو الرائد في المناداة بهذه النظرية، فكانت خطوات الفقه لتدعيم و ترسيخ هذه الفكرة كأساس للمسؤولية اسرع من القضاء الذي سار خلفه بخطوات مترددة، و لم يشأ ان يساير التطور الى نهايته فوقف عند حد الخطأ المفترض، و لم يجاوز الى مسؤولية المخاطر. اما الفقه فقد استجاب لنظرية المخاطر وسلك مسالك شتى للوصول اليها، فقد لجأ الى وسائل يغني الاستناد اليها من الرجوع الى النصوص الخاصة بالمسؤولية و منها الاستناد الى سلطة القاضي للتوسع في مفهوم الخطأ باعتبار انه اخلل بواجب قانوني سابق، فالتوسع في مفهومه يعني زيادة الواجبات القانونية، فيكون الاخلال باي منها سبباً لقيام المسؤولية. او الاخذ بقرائن الاحوال و اعتبار الخطأ

(٣٦) le' Pierre Raynaud, Code Civil, encyclopedie Juridiane Dalloz, deuxieme dition, 7-volume, Tome 1-IV . Paris, 1973-1974, P.437-438.

(٣٧) د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، دار المعارف المصرية، ١٩٦٤، ص ٤٧٢.

متحققا لمجرد وقوع الضرر. و احيانا بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية و ذلك بنقل مجال البحث في المسؤولية التقصيرية الى المسؤولية العقدية و اعتبار ان أي ضرر يصيب الضحية مرجعه اخلال المسؤول بالتزامه العقدي^(٣٨).

هذا و لعدم كفاية هذه الوسائل^(٣٩)، حاول الفقه معالجة الامر عن طريق الاحتيايل على بعض نصوص التقنين المدني الفرنسي، و قياس الالات بالبناء، مادام يكفي في البناء اثبات العيب ليكون صاحبه مسؤولا، كذلك الآلات اذا اثبت الضحية العيب فيها ليثبت مسؤولية صاحبها الا ان ذلك لم يستقم ايضا لصعوبة اثبات العيب في هذه الحالات^(٤٠). ولما لم تجد هذه المحاولات نفعاً، واجه الفقه الامر بطريقة مباشرة فنلأى الى انه ليس من الضروري تاسيس المسؤولية على فكرة الخطأ فحسب وانما يجوز اقامتها على فكرة اخرى غير الخطأ و هي فكرة الضرر او تحمل التبعة. و بذلك برز الضرر في المسؤولية مجدداً حتى كاد ان يغطي فكرة الخطأ و رجع تطور المسؤولية الى نقطة الابتداء يوم كانت المسؤولية موضوعيا لا شخصيا أي قائمة على أساس التعدي المادي او الضرر و ليست مبنية على الخطأ^(٤١).

اما المسؤولية الادارية فانها لم تكن في معزل عن التطور الذي شهدته المسؤولية المدنية، فبينما كان المبدأ السائد في فرنسا و الدول الاخرى و حتى اوائل القرن التاسع عشر بصورة عامة هو مبدأ عدم مسؤولية الإدارة، نجد انه بتطور الفكر القانوني و تحت تأثير المبادئ الديمقراطية التي تنادي باحترام حقوق الإنسان، من بينها حقه في التعويض عما يلحق به من ضرر بفعل السلطة الادارية^(٤٢). و كذلك عدول المشرع الفرنسي عن تفسير السيادة تفسيراً ضيقاً باعتبارها تتناقض مع مبدأ مسؤولية الإدارة، ولتعارض المبدأ الأخير مع التطورات الجارية في المجتمع نتيجة لانتشار المبادئ الاشتراكية، إذ لم تعد الدولة تكتفي بممارسة السلطة لوحدها، بل أصبحت تتدخل بطريقة ايجابية في انشاء و ادارة المشاريع الاقتصادية التي كان في العادة يتولاها الافراد العاديون، وما رافق ذلك من نشوء محاكم ادارية في فرنسا لتتظفر في المسائل التي تكون الإدارة طرفاً فيها^(٤٣)، بسبب كل هذه العوامل فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ مسؤولية الإدارة كنظرية جديدة في مجال القانون العام، والتي اعتبرت فيما بعد الحجر الأساس للقانون الاداري، وقد كان حكم مجلس الدولة الفرنسي في

(٣٨) د. غازي عبدالرحمن ناجي، المسؤولية عن الاشياء، المصدر السابق، ص ١٣-د. عبدالرزاق السهوري، المصدر السابق.

ص ٧٦٦.

(٣٩) نشر الى اننا سنعرض الى الوسائل التي ساعدت على ظهور النظرية الموضوعية (نظرية تحمل التبعة) عند دراستنا لموضوع

مسؤولية الإدارة على أساس الضرر و ذلك في الفصل الثالث من الباب الاول .

(٤٠) د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ٨٧.

(٤١) د. عبدالرزاق السهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، جزء الاول، دار النهضة مصر، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٣٠٣-

و كذلك انظر جبار صابر طه، المصدر السابق، ص ٢٩.

(٤٢) د. محمد الشيخ عمر، المصدر السابق، ص ٦٤.

(٤٣) د. حسن زكريا، المرجع السابق، ص ١٦.

قضية روتشيلد سنة ١٨٥٥ فاتحة هذا الطريق ثم تبعه حكمه في قضية بلانكو سنة ١٨٧٣ الذي جاء مؤكدا لحكمه السابق، وبفضله استقر مبدأ مسؤولية الإدارة في عالم القانون^(٤٤).

و مما يلفت النظر ان العامل المهم الذي ساعد على تبلور فكرة مسؤولية الإدارة. ما جرى بشأن فكرة الشخصية المعنوية من تطور على يد الفقهاء الالمان، حيث اعترف تشخص المعنوي بشخصية قانونية مستقلة و بإرادة خاصة به، وما يستتبع ذلك من مكن مساعلته عن الاعمال غير المشروعة الصادرة عنه وقام بعض فقهاء القانون لعالم الفرنسي بتطبيق هذه الفكرة على الإدارة باعتبارها شخصا معنويا عاما^(٤٥).

و تطور الوضع القانوني بعد حكم بلانكو على أساس التفرقة بين اعمال الإدارة تضييها باعمال الافراد و سميت باعمال الإدارة المدنية (Actes de Gestion)، و بين اعمال الإدارة المعروفة باعمال السلطة العامة (Actes de Puissance) فتقررت مسؤولية الإدارة عن الطائفة الاولى من الاعمال دون الثانية.

و لكن قضاء مجلس الدولة الفرنسي تخلى عن هذه التفرقة بسبب الانتقادات الموجهة إليه. و يصدر حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية زيمرمان سنة ١٩٠٣ حيث تقرّر فيه مبدأ المسؤولية عن كافة اعمال الإدارة غير المشروعة فيما عدا اعمال السيادة. و كان حكمه في قضية توماسكو جريكو سنة ١٩٠٥ حكما حاسما عدل نهائيا عن هذه التفرقة^(٤٦).

يتضح من كل ما تقدم ان فكرة الخطأ كانت أساس مسؤولية الإدارة منذ نشوء هذه المسؤولية. و انها تطورت في مجال القانون الاداري بحيث اصبحت لها الخصائص الذاتية المختلفة و المتميزة عن فكرة الخطأ في القانون المدني. و سوف نقوم ببيان تلك الخصائص المميزة للخطا الاداري في الفصول القادمة .

(٤٤) لم تكن في فرنسا قبل عام ١٧٨٩ محاكم ادارية، انما كانت هناك محاكم عادية تسمى بالبرلمانات والتي كانت تخضع لرقابة مجلس الملك (Conseil de Roi). و تخصص بالنظر في كافة المنازعات العادية منها و الادارية. ولكن بقيام الثورة الفرنسية تم إلغاء هذه البرلمانات، فبالتالي الإدارة نفسها بالفصل في منازعاتها و سمي ذلك بنظام الإدارة القضائية، و استمر هذا الوضع حتى صدور دستور السنة الثامنة و تم بمقتضاه انشاء مجلس الدولة (Conseil d'Etat) و استمر العمل مع نهاية عام ١٧٩٩. وقد كان قضاءه محجورا في بادئ الامر إذ لم تكن احكامه تنفذ ضد الإدارة الا بمصادقة القصل الاول (رئيس الدولة). وفي مرحلة تالية من التطور و بالتحديد في عام ١٨٧٢ صار لمجلس الدولة القوة الذاتية و تحرر من سلطان رئيس الدولة يصدر قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢ في فرنسا فاصبح قضاءه باتا يتمتع بقوة تنفيذية بمجرد صدوره - راجع الدكتور عبد الرحمن نورجان الايوبي، المصدر السابق، ص ٢٥ / وكذلك د. محمد رفعت عبد الوهاب و د. احمد عبد الرحمن شرف الدين، القضاء الاداري، المكتب العربي للطباعة، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٢٩٨، ص ٣٠٠.

(٤٥) ابتكر نظرية الشخصية المعنوية الفقيه الالمانى Gierke و طبقها على الدولة الفقيه Jellinek - و أحصتها في فرنسا الفقيهان Houriou, Michoud - راجع د. حسن زكريا، المرجع السابق، ص ١٧.

(٤٦) حامد مصطفى، مبادئ القانون الاداري العراقي، شركة الطبع و النشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٨، ص ١٧٠، ص ١٧١ - د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص ٩.

و مع تعقد الإدارة الحديثة و تشعب نشاطها في النصف الثاني من هذا القرن، ابتدع مجلس الدولة الفرنسي فكرة أخرى لتكون أساساً آخر لمسؤولية الإدارة و تمثلت في فكرة المخاطر التي تقوم المسؤولية بموجبها بمجرد وقوع الضرر دون الاكتراث بوجود الخطأ.

يضاف الى ذلك انه مع ازدياد صدور احكام المبادئ لمجلس الدولة الفرنسي، نشأ نوع جديد من القواعد تصلح للتطبيق على منازعات الإدارة، و تكون قائمة الى جانب قواعد المسؤولية المدنية، وهي قواعد المسؤولية الادارية. هذا و سنبين في هذه الرسالة مدى صلاحية كل من نوعي القواعد لتطبيقها على قضايا مسؤولية الإدارة.

رابعاً-مسؤولية الإدارة في الشريعة الإسلامية.

تميزت الشريعة الإسلامية منذ اوائل عهدها بالتفرقة بين نوعين من العمل غير المشروع، اولهما ما يقع على النفس من قتل و جرح و اذى، و ثانيهما ما يقع على المال كالإتلاف و الغصب^(٤٧).

وقد قضى الاسلام على الكثير من الاعراف و الانظمة التي كان معمولاً بها في الجاهلية . فشرع القصاص لوضع حد للنار كما جعل الدية وجوباً في اغلب الحالات^(٤٨). ففي قتل الخطأ الزم الجاني بدفع الدية الوجوبية لورثة المجنى عليه مع تحرير رقبة مؤمنة، و قصر حق القصاص على الجرائم العمدية فقط . و ميزت هذه الشريعة غيرها من الشرائع بين الجرائم العامة و الجرائم الخاصة و رسمتها في صورة حق الله و حق العبد . فجعلت عقوبات الحد و التعزير و الكفارة و الحرمان جزاء لجرائم الصورة الاولى و من خصائص هذه العقوبات انها لايجوز النزول عنها و لا تنتقل الى الورثة . في حين فرضت عقوبات القصاص و الدية و الارش (الدية الجزئية) او حكومة العدل (التعويض المقدر من قبل القاضي) جزاء لجرائم الصورة الثانية . و من خصائص هذه العقوبات انها يرد عليها الصلح و يجوز النزول عنها و تنتقل الى الورثة^(٤٩).

اما الجرائم التي يقع على المال فلم ترد بشأنها نصوص خاصة في القرآن الكريم، ولم يكن هناك عرف يستحق الذكر في الجاهلية لكي يأخذ به الاسلام، فاصبح المجال رحباً لفقهاء المسلمين لأبداء آرائهم واستحداث نظريات و تقرير مبادئ بصددها، فتعرضوا لاهم جرائم المال و هي الغصب و الإتلاف^(٥٠). و فقهاء الشريعة، بما عرف

(٤٧) د. منذر عبد الحسين الفضل، المصدر السابق، ص ٢٩٦.

(٤٨) جبار صابر، المصدر السابق، ص ٣٥.

(٤٩) د. محمد ابو زهرة، الجريمة و العقوبة في الاسلام، دار الفكر العربي، القاهرة بلا سنة طبع، ص ١١٣-و انظر ايضاً

د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، الجزء الاول، القاهرة، ص ٥١٩-٥٢٠.

(٥٠) د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ١٠٢.

عنه من الدقة الفائقة في انتقاء و استخدام الألفاظ قد اطلقوا كلمة الضمان على حالات من المسؤولية التي يكون فيها الشخص مسؤولاً دون تعد منه و لا تفرط^(٥١) .

كما فرقوا في باب العمل غير المشروع الواقع على المال بين المباشر و المتسبب، و فردوا لكل منهما حكماً خاصاً، فالمباشر يكون ضامناً سواء كان متعدياً او متعمداً، بينما لا يضمن المتسبب الا في حالة تعده .

ثم توسعت فكرة التعدي فلم تعد مقتصرة على حالة تجاوز حدود الحق بل شملت أيضاً عدم التبصر و الإهمال و الإساءة في استعمال الحق^(٥٢) .

و مهما يكن من أمر، فإن فقهاء المسلمين لم يأتوا بقاعدة عامة للمسؤولية المدنية و تما عالجوها في فروع تفصيلية ، الا أنهم استخلصوا منها قواعد تصلح في مجموعها ان تكون مبداً عاماً^(٥٣)

يتبين لنا مما تقدم ان الفقه الاسلامي عرف المسؤولية المدنية بأرقى صورها، وانه حسن اختيار مصطلح الضمان لانه ادق في التعبير عن فكرة التعويض عن الضرر من نفع المسؤولية . كما و يتبين ان النزعة الموضوعية هي السائدة في هذا الفقه لا متراطه التعدي (الركن المادي) في سلوك فاعل الضرر دون الادراك (الركن المعنوي) .

ومن هنا يمكن القول ان أساس المسؤولية في الفقه الاسلامي هو الضرر دون ان يكون للخطأ بمعناه القانوني الدقيق من اثر عليه .

اما فيما يتعلق بمسؤولية الإدارة و أساسها في الشريعة الاسلامية، فانها ترتبط الى حد بعيد بمدى معرفة هذه الشريعة للمسؤولية عن فعل الغير باعتبارها استثناء من القاعدة العامة في المسؤولية . ان مسؤولية الأمير و الولاة عن اعمال خدامهم و تابعيهم هي مسؤولية عن فعل الغير وفقاً لعلاقة التبعية القائمة بينهم ، و بما ان القاعدة العامة في الشريعة الاسلامية هي ان كل فرد يسأل فقط عن النتائج الضارة لفعله دون غيرها، مما حدى ببعض الفقهاء^(٥٤) الى انكار معرفة الشريعة الاسلامية للمسؤولية عن فعل الغير مستندين في ذلك الى قوله تعالى "كل نفس بما كسبت رهينة" (الاية ٣٧ سورة مدثر) و قوله تعالى "لا يكلف الله نفساً الا وسعها لها ما كسبت و عليها ما اكتسبت" (الاية ٢٨٦ سورة البقرة) "ولا تزر وازرة وزر اخرى" (الاية ١٦٣ سورة الانعام) و ما روي عن عمر بن خطاب (رض) قوله عندما كان يقتص من عماله "انني لم امرهم بالتعدي فهم في أثناء عملهم هذا يعملون لانفسهم لا لي" و يذهب جانب آخر من الفقه^(٥٥) عكس ما ذهب

(٥١) د. عباس حسن صراف، المصدر السابق، ص ٦٩ .

(٥٢) د. سليمان مرقس، ص ١٠٦ .

(٥٣) جبار صابر، ص ٣٥ .

(٥٤) في هذه المعنى انظر -مير القاضي: محاضرات في القانون المدني، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٤، ص ٣٣، و الدكتور

عبدالجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة النديم، بغداد، ١٩٧٧، ص ٥٧٢ .

(٥٥) بهذا الصدد انظر -دمحمد الشيخ عمر، المصدر السابق، ص ٢٨ - د. غازي عبدالرحمن ناجي، مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع،

مجلة السابق، ص ٦٣٥ .

اليه الراي الاول، فهم يؤكدون على معرفة الشريعة الاسلامية للمسؤولية عن فعل الغير، ويستدلون في ذلك بالحديث الشريف "كلكم راع و كلكم مسؤول عن رعيته فالامام راع وهو مسؤول عن رعيته" و ما وردت من حالات عملية اعتبرت من تطبيقات المسؤولية عن فعل الغير منها ما ثبت ان ابا بكر و عمر بن عبدالعزيز (رض) كانا يعوضان من بيت المال كل ضرر نتج عن اعمال موظفي الدولة . وما روي من ان رجلا جاء الى الخليفة عمر بن عبدالعزيز فقال له " يا امير المؤمنين زرعت زرعاً فمر به جيش من اهل الشام فافسده" فعوضه الخليفة عشرة الاف درهم، وما يروي كذلك من ان شرطيا حفر بئراً في احد الاسواق العامة فوقع فيه شخص و مات فرفع الامر الى القضاء فحكم على الوالي الذي يتبعه ذلك الشرطي بالدية لمصلحة اهل القتل ،وكما ورد في صحيح السنن ان خالد بن الوليد قتل مئة رجل من قبيلة جذيمة بعد ان اعلن اهلها الخضوع، فاستنكر الرسول (ﷺ) ذلك فامر علي بن ابي طالب ليدفع لهم دية قتلهم على اعتبار ان القتل وقع خطأ، ودفع بدل الاموال^(٥٦).

وبخصوص ما استند اليه الراي الاول من مدلول الآية "و لا تزر وزارة و زر اخرى" فقد اجيب بانها تعني عدم مواخذة شخص بجريرة اخر فالارجح انها تشير الى المسؤولية الجنائية و لا تتعارض مع قيام المسؤولية المدنية عن فعل الغير^(٥٧). وان حصل واعتبرت هذه الآية القاعدة العامة المعمول بها في الاسلام فليس غريباً في ان يرد عليها الاستثناء، كما هو الحال في كثير من المبادئ الأساسية المقررة في التشريعات الوضعية التي لا تخلوا من مستثنيات تقتضيها المصلحة العامة ومن اهمها اقرارها للمسؤولية التبعية وهي استثناء من القاعدة العامة القائلة بعدم مساءلة الشخص عن خطأ غيره^(٥٨).

اما فيما روي عن عمر بن عبدالعزيز انه كان يقتص من عماله عندما كانوا يعتدون في وظائفهم فالظاهر ان فيه ما يدل على رجوع الدولة على موظفيها عند ارتكابهم اخطاء عمدية^(٥٩).

و في اعتقادنا ان ما ذهب اليه الراي الثاني هو الارجح والاقرّب للصواب ، ونقول بان فكرة مسؤولية الإدارة على صورتها المعروفة حالياً قد عرفت الدولة الاسلامية منذ القرن السادس الميلادي، عندما لم تكن نظرية المرافق العامة الأساس الذي تبني عليه فكرة مسؤولية الإدارة، فبالرغم من قلة اعداد المرافق الادارية و بساطتها في ظل النظام الاداري للدولة الاسلامية ، فقد كانت مملوءة الذهن بالافكار الحديثة للمسؤولية. واهم مظهر من المظاهر الدالة على تبني الدولة الاسلامية لفكرة المسؤولية الادارية هو ذلك

(٥٦) د محمد ابو زهرة : بحثه الموسوم ولاية المظالم في الاسلام ، منشور في مجلة القضاء ، العددان الرابع والخامس ، السنة

الثامنة عشرة، ١٩٦٠، ص ٥٤٢، ص ٥٥٨ بالاشارة الى ص ٥٤٤.

(٥٧) د. غازي عبدالرحمن ناجي، ص ٦٣٦.

(٥٨) د. محمد ابو زهرة ، مقالة السابق، ص ٥٤٨.

(٥٩) جبار صابر ، المصدر السابق، ص ٣٦١.

لقضاء الذي كان قد ولد مع اول حكومة اسلامية المسمى (بديوان المظالم)^(٦٠). وهو قرب ما يكون الى القضاء الاداري او مجلس شورى الدولة من حيث الطبيعة والاختصاص منه الى القضاء العادي^(٦١).

و بناء على ذلك فان الشريعة الاسلامية قد سبقت غيرها من الشرائع في تقرير مسؤولية الادارة^(٦٢). وانها قد عرفت نظام القضاء الاداري قبل غيرها من الشرائع ايضا^(٦٣).

ولا يخفى ان الضرر كان الأساس في مسؤولية الادارة في ظل هذه الشريعة مثلما كان أساسا للمسؤولية المدنية فيها بصورة عامة، فهذا الأساس (الضرر) كان أكثر تسجما مع مبادئ الشريعة الاسلامية ومع فلسفة الحكم المنبثقة عنها، المتمثلة في ضمان حقوق الافراد من كل اعتداء عليها من قبل السلطة العامة.

خامسا - مسؤولية الادارة في الشريعة الاتكولوسكسونية

من المعروف ان قسما كبيرا من النظام القانوني الاتكليزي (الاتكولوسكسوني) يعتمد على العرف او العادات فهذا النظام يختلف عن النظام القانوني اللاتيني (الفرنسي) في انه يخلو من قاعدة عامة مهيمنة على كل فروع القانون، بل يتضمن بدلا من ذلك قواعد محددة لحالات فرعية، وتتضمن كل قاعدة حكما خاصا لحالة يعينها او حكما عاما لأوضاع متشابهة. ولذا يتشابه هذا النظام من حيث الشكل والصياغة مع الشريعة الاسلامية^(٦٤).

ولما كان نظام المسؤولية جزء من النظام القانوني السائد في اية دولة نلاحظ ان للقانون الاتكليزي لم يورد نظرية عامة للمسؤولية المدنية، وانما اورد مجموعة من الاعمال الضارة نصت عليها الشريعة العامة (Common Law) وحددت لكل منها حكما خاصا لذلك سمي بقانون الجرائم المدنية وليس بقانون الجرم المدني^(٦٥).

(٦٠) ان اول من تولى ولاية المظالم في الاسلام الخليفة علي بن ابي طالب، وان اول من انشا ديوانا للمظالم كجهاز قضائي قائم على الدوام الخليفة الاموي عبدالملك بن مروان (٦٥-٨٦هـ) انظر د. محمود رفعت عبدالوهاب و د. احمد عبدالرحمن شرف الدين، المصدر السابق، ص ٢٢١.

(٦١) انظر حامد مصطفى، المصدر السابق، ص ١٧٧-١٧٨ د. محمد ابو زهرة، ص ٥٤٢.

(٦٢) ولناكيد ذلك نجد ان القاعدة التي وجدت في صدر الاسلام والقائلة بان (كل متضرر لا يعرف فاعل الضرر له ان يطالب بالتعويض من بيت المال لان هذا البيت يقوم مقام المدين). للتفصيل انظر د. حسن الخطيب، المصدر السابق، ص ١٨٨.

(٦٣) راجع د. عبدالباقي نعمت الله، المحاكم الادارية في ضوء القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد العاشر، السنة السابعة، ١٩٧٩، ص ١٥٩ ص ١٨٤ بالاشارة الى ص ١٦١ - وايضا د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص ٢٢٠، د. محمد رفعت، ود. احمد شرف الدين، ص ٢٢٢.

(٦٤) د. عباس حسن صراف، المصدر السابق، ص ٥٦.

(٦٥) "Salmond" on the Law of Torts " by Heuston 15 th edition, London 1969, Sweet Maxwell, P.19.

نقلا عن جبار صابر، المصدر السابق، ص ٤١.

و في مجال المسؤولية عن فعل الغير، يذهب رأي الى عدم معرفة القانون الانكليزي للمسؤولية التبعية الا مع بداية القرن الثامن عشر، باستثناء نصوص قليلة اقرت تلك المسؤولية في نطاق وظائف محددة وللأشخاص الذين يشغلونها، وهي وان سميت بالمسؤولية التبعية الا انها في الحقيقة ليست سوى مسؤولية ذاتية اذ انها لا تتحقق الا باعتبار المتبوع او الإدارة شريكا للتابع او الموظف في ارتكاب الفعل الضار او امرا به او موافقا عليه بعد وقوعه (٦٦).

و يؤكد رأي اخر بان القانون الانكليزي قد عرف المسؤولية التبعية قبل القرن الرابع عشر، عندما كان السيد يسأل عن الاعمال غير المشروعة لرقيقه وتابعيه على أساس امتلاكه لهما (٦٧).

ولكن ايا كانت حقيقة الخلاف فان المتفق عليه في هذا الصدد هو ان المسؤولية التبعية بمفهومها الحديث بدأت بالظهور في انكلترا مع بداية الانفتاح الصناعي والتجاري الذي حصل فيها مع اواخر القرن الثامن عشر نتيجة الثورة الصناعية (٦٨).

اما مسؤولية الإدارة (الملك) عن اعمال تابعيها فان امرها كان مختلفا، فالنظام الانكليزي المتمسك باللامركزية الشديدة قد ميزت بين الإدارة المركزية والادارات المحلية في الدولة، وقد منحت الادارات المحلية شخصية معنوية و استقلالاً ذاتياً كبيراً لممارسة سلطاتها الى حد ان اعتبرت الوحدات المحلية الانكليزية نوعاً من الحكم المحلي الذي يعد اقصى درجات اللامركزية الاقليمية، اما الإدارة المحلية فتقع على مستوى اقل (٦٩).

فبينما كانت الإدارة المركزية غير مسؤولة عن الافعال غير المشروعة لموظفيها، نجد ان الادارات المحلية (الحكومات المحلية) تسأل عن اخطاء موظفيها و تابعيها كالأشخاص الطبيعة الاخرى (٧٠).

و يرجع مبدأ عدم مسؤولية الإدارة المركزية في انكلترا الى المبدأ التاريخي القائل بان الملك لا يخطئ (The King can do no Wrong)، فهو غير مسؤول ازاء الافراد

(٦٦) P.S.Atiyah: "Vicarious liability in the Law of Torts" London, Butterworths, 1967, P.116.

(٦٧) H.W.R. WADE, Administrative Law, second edition, Giarendon press, Oxford, 1963, P.96.

(٦٨) P.S.Atiyah, P.117.

(٦٩) د. محمد محمد بدران، الإدارة المحلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٢٠ - وللمزيد من التفصيل راجع استاذنا عبدالرحمن رحيم، بحثه الموسوم اللامركزية الادارية و اللامركزية الفدرالية، منشور في مجلة القانون و السياسة، ١٩٩٤، ص ٢٣١، ١٤٨ بلاشارة الى ص ١٣٦.

(٧٠) تنقسم الإدارة الانكليزية بصورة عامة الى قسمين: القسم الاول - الإدارة المركزية و تضم كافة الوزارات و الادارات المركزية. و القسم الثاني - و يتكون من الادارات الاقليمية التي تمارس السلطة المحلية، و من المؤسسات التي تدير الدومين الخاص - انظر د. عدنان عبود احمد، الحكومة المحلية كياناً و وظائفها في انكلترا و الجمهورية العراقية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد السابع عشر، ١٩٨٥، ص ٧١، ١٢٦، بلاشارة الى ص ٧٨ و ما بعدها.

بصورة مطلقة. ولما كان كيان الدولة يتجسد في شخص الملك، فإن تلك الحماية قد امتدت لتشمل كافة موظفي الدولة، بحيث أصبح امر مساءلتهم عما تصدر عنهم من اعمال غير مشروعة غير ممكن حتى في ذمهم الخاصة، على ان ما كان يخفف من غلواء تلك القاعدة، امكان المضرور في حصول على بعض حقوقه عن طريق مظلمة تقدم الى الملك و تسمى بـ التماس الحقوق (Petition of rights) و تطلب فيه رفع الاعتداء الاداري الواقع. و بموافقة الملك عليه كان يمكن للمضرور مقاضاة موظفي الدولة امام القضاء^(٧١)

و مع هذا كان التماس الحقوق ذا نفع محدود، فبالاضافة الى التعقيد الذي تتسم به اجراءات التماس الحقوق حيث كان يعد تفضلا من الملك لا يحق للأفراد الاحتجاج به.

و نظرا لعدم انسجام هذا الوضع مع ما طرأ على وظائف الدولة من تطور في العصر الحديث و تدخلها في كافة الميادين التي كانت حكرا على الافراد في الماضي، اصدر المشرع الانكليزي قانون الاجراءات الملكية لعام ١٩٤٧ (The crown proceeding act) و أصبح نافذا بعد سنة من صدوره مقررًا فيه للمرة الاولى مسؤولية التاج (الدولة) عن اعمال موظفيها غير المشروعة، و بذلك أصبح التاج في نفس المركز القانوني الذي يوجد فيه الافراد العاديون كما تقررت مسؤولية الادارة في الولايات المتحدة الامريكية لأول مرة بصدور قانون سنة ١٩٤٦^(٧٢).

و الملاحظ ان الخطأ كان أساس مسؤولية التاج (الادارة)، اذ لم يكن بإمكان المضرور من أعمالها مطالبتها بالتعويض ما لم يثبت خطأ من جانبها و الذي تسبب عنه الضرر وفقا للمعيار المعتمد في تقريره. اما القواعد التي تحكم قضايا المسؤولية في ظل هذا النظام، فهي القواعد المدنية بصورة عامة لعدم وجود قضاء اداري متخصص في انكلترا.

سادسا - مسؤولية الادارة في التشريع المصري .

كان النظام الاداري في مصر قبل انشاء المحاكم المختلطة سنة (١٨٧٥) و المحاكم الاهلية (١٨٨٣) نظاما فوضويا و غير مستقر لخرق الادارة مبدا المشروعية في تصرفاتها، كما كان نظام الحكم فيه مطلقا و استبداديا لا يخضع الحاكم للقانون لانه هو صانع القانون، و سلطات الدولة القضائية و التنفيذية غير مستقلتين و كانتا تخضعان لأرادة الحاكم باعتبارها هي القانون. و غالبا ما كانت اعمال القضاء تتداخل مع اعمال الادارة و تخضع احدهما لتاثير الاخرى بسبب عدم وضوح الرؤية حول مبدا الفصل

(٧١) انظر د. عبدالرحمن نورجان، المصدر السابق، ص ٤٣ د. حسن زكريا، مقاله السابق، ص ٧- وايضا فان امكانية مقاضاة الموظف بصفته الشخصية عن العمل غير المشروع الواقع منه في مجال وظيفته و اقتضاء التعويض من ماله الخاص قد ساعد على التخفيف من حدة مبدا عدم المسؤولية - انظر د. عبدالرحمن نورجان، ص ٤٩- و ايضا د. عبدالسلام الترماني، المصدر السابق، ص ٦٤١.

(٧٢) د. محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية، مركز البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٢٠.

بين السلطات في ذلك الوقت فلم يكن من المتصور تقرير مسؤولية الإدارة ازاء الافراد في ظل هذا النظام في مصر^(٧٤) .

ولكن تغير الوضع كثيرا بعد صدور لائحة ترتيب المحاكم المختلطة و الاهلية ،اذ تقرر معهما و لأول مرة قاعدة خضوع الإدارة للقانون^(٧٥) .و باتالي مسؤوليتها عن اعمالها الضارة.

و قد أفرد القانون المختلط اربع مواد للمسؤولية و هي المواد (٢١٢-٢١٥)، اذ تضمنت المادة ٢١٤ على مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع ،ثم ادمج القانون الاهلي المواد الاربعة في ثلاث و هي المواد (١٥١-١٥٣) وجاء في المادة ١٥٢ على انه (يلزم السيد بتعويض الضرر الناشيء عن افعال خدمه متى كان واقعا منهم حال تأدية وظائفهم)، فهذه النصوص المدنية هي التي كانت تطبقها المحاكم العادية على جميع قضايا مسؤولية الإدارة و بالتحديد نص المادة ١٥٢ السابق ذكرها ،اي ان مسؤولية الإدارة كانت قد اعتبرت في ظل هذه القوانين على انها مسؤولية غير مباشرة وعن فعل الغير. واستندت هذه المسؤولية على فكرة الخطأ كأساس لها و كان القضاء يشترط ثبوت الخطأ حتى يحكم بالتعويض عن الضرر المحدث^(٧٦).

اما القانون المدني المصري الحالي رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ فقد نص على مسؤولية الإدارة باعتبارها متبوعا و ذلك في المادة ١٧٤ التي اعتمدت الخطأ ايضا كأساس للمسؤولية .

سابعا - مسؤولية الإدارة في التشريع العراقي .

تناول قانون الضمانات رقم ٥٤ لسنة ١٩٤٣ ولأول مرة في العراق مبدأ المسؤولية عن فعل الغير^(٧٧). اذ نصت المادة الخامسة منه على ان " كل شخص استخدم في ادارته

(٧٤) د. محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية. المصدر السابق، ص ٢٩ ص ٣٠.

(٧٥) فقد جاء في المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية مبدأ مسؤولية إدارة بالصيغة الآتية (تحكم المحاكم المذكورة فيما يقع بين الاهالي من دعاوي الحقوق المدنية كانت او تجارية و تحكم ايضا في المواد المستوجبة للتعزير بانواعه من المخالفات أو الجنح وتختص ايضا بالحكم في المواد الآتية بياها : اولا- كافة الدعاوي المدنية و التجارية الواقعة بين الاهالي و بين الحكومة في شأن منقولات او عقارات. ثانيا - كافة الدعاوي التي ترفع على الحكومة بطلب تضمينات ناشئة عن اجراءات ادارية تقع مخالفة للقوانين او الاوامر العالية. ثالثا - كافة المواد التي تكون من خصائصها ،بمقتضى القوانين او اوامر .

هذا وقد تكرر نفس الحكم بالنسبة للقوانين المتعاقبة للسلطة القضائية منها قانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ و قانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ و قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ بالمعنى نفسه و بتغير طفيف في الصياغة .راجع د سليمان محمد الطماوي .المصدر السابق، ص ٤١- د محمد فؤاد مهنا، ص ٣١ ص ٣٣.

(٧٦) ٧٠ د. سليمان مرقس. المصدر السابق، ص ١١٠ ص ١١٢ -.

(٧٧) ان اصل هذا القانون هو قانون اصول المحاكمات المحققة العثماني الصادر في ١٢٩٥/٦/٩ من العهد العثماني ،و اصدرت الحكومة العراقية له ذيلين، الاول برقم ٢٤ لسنة ١٩٤٢ والثاني برقم ٥٤ لسنة ١٩٤٣ و هو قانون الضمانات الذي ظل ساريا حتى صدور قانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١. كما ظل قانون المحاكمات العثماني ساريا الى ان صدر قانون المرافعات

اشخاصا للقيام بخدمة عامة او باعمال اية مهمة عمرانية او تجارية او صناعية يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه لمنع وقوع الاضرار وانه اذا ثبت قيامه بما تقتضيه المصلحة من العناية اللازمة لذلك فلا تترتب عليه مسؤولية و للمستخدم حق الرجوع على الشخص الذي احدث الضرر بما سلمه من الضمان .

فالملاحظ ان مدلول هذه المادة يشمل الحكومة و سائر مؤسسات الدولة التي تقوم بخدمة عامة فتسأل عن الاضرار الحاصلة للغير بسبب الاعمال الضارة لموظفيها، لان معنى (كل شخص) الوارد في هذه المادة يشمل الاشخاص الطبيعية و الاشخاص المعنوية على حد سواء ، وان تشريع هذا القانون كان يهدف حماية حقوق و حريات الاشخاص و تعويضهم عن الاضرار التي تلحق بهم مهما كان مصدر هذه الاضرار .

وبالنظر لعدم وجود قواعد المسؤولية الادارية في العراق ، فقد لجأت المحاكم الى تطبيق قواعد المسؤولية المدنية، وهذا ما حمل البعض^(٧٨) الى القول بان القانون العراقي يقر بالنظرية القديمة التي تساوي الادارة مع الافراد في العلاقات القانونية الناشئة بينهم، فلا تكون الادارة مسؤولة عن الاضرار التي تلحق الافراد بسبب نشاط المرافق العامة الا اذا كان القانون يقر هذه المسؤولية في العلاقات فيما بين الافراد انفسهم، وهذه المسؤولية تقوم على اساس الخطأ الصادر عن الموظف او التابع .

و بصدر القانون المدني الجديد رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، تضمنت المادة ٢١٩ منه مبدا المسؤولية التبعية بقولها " الحكومة و البلديات و المؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة و كل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم". فهذه المادة قد عدت الاشخاص العامة المسؤولين عن اعمال مستخدميههم او موظفيهم فلم يبق بعد ذلك شك في قيام مسؤولية الادارة في العراق، كما و جعل هذه المادة من الخطأ اساسا لهذه المسؤولية .

و مهما يكن من امر فان مسؤولية الدولة عن اعمال السلطة العامة قد تقررت لاول مرة في العراق في حكم محكمة التمييز الصادر في ١٤/٣/١٩٥٧ في القضية المشهورة بحادث سجن كوت^(٧٩). حيث فتح السجناء النار على مساجين قاموا بمظاهرة احتجاج داخل مبنى السجن و ادى الى مقتل و جرح اكثر من مئة سجين ، فتقررت مسؤولية

المدنية الحالي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ . انظر المحامي حسين المؤمن . استجواب الخصوم في الدعاوي المدنية والتجارية . بحث منشور في مجلة القضاء . العددان الاول و الثاني ، السنة الثالثة والثلاثون ، ١٩٧٨ . ص ٤١ ص ٧٤ بالاشارة الى ص ٦٩ .

^(٧٨) بهذا المعنى انظر حامد مصطفى ، المصدر السابق ، ص ١٧٤ ص ١٧٥ .

^(٧٩) انظر في تفصيل هذا الحادث -الحاكم ضياء شيت خطاب، راي القضاء العراقي في مسؤولية الدولة عن اعمال موظفيها في حادث سجن كوت ، مقال منشور في مجلة القضاء ، العدد الرابع ، ١٩٥٨ . ص ٥٠٥ ص ٥٢٦ ، بالاشارة الى ص ٥٠٥ .

الشرطة الشخصية عن الحادث بالاضافة الى المسؤولية التقصيرية لوزراء الشؤون (الاجتماعية، والداخلية، والمالية) و الزامهم بالتعويض^(٨٠).

و من كل ما تقدم يتبين لنا ان المسؤولية عموما بما فيها مسؤولية الإدارة تقوم اما على أساس فكرة الخطأ او على أساس فكرة الضرر ،الا ان قيام المسؤولية على أساس احدى الفكرتين لا تعني ان أساس المسؤولية بقي كما كان في البداية عند ظهورها، بل ان هذا الأساس تطور نتيجة للتطورات الحاصلة في جميع الميادين الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية، و رافق ذلك تطور في القواعد التي تنظم هذه المسؤولية الى قواعد تحكم المسؤولية الخاصة، و اخرى تنظم المسؤولية العامة، اي ان تطور أساس المسؤولية قد جرى مترابطا مع تطور القواعد التي تحكمها .

و على أي حال فقد خضعت مسؤولية الإدارة منذ ان تقرر و حتى الوقت الحاضر لنوعين من القواعد، قواعد المسؤولية المقررة في القانون المدني، و قواعد المسؤولية الادارية التي ابتدعها قضاء مجلس الدولة الفرنسي، و سنتناول دراسة كل من أساس هذه المسؤولية و قواعدا تباعا في البابين الاول والثاني من هذه الرسالة.



(٨٠) حسن عزيز عبد الرحمن، مسؤولية المبتوع عن اعمال التابع، بحث منشور في مجلة العدالة، العدد الثالث، السنة الخامسة،

١٩٧٩، ص ٨٣٩، ٨٥٥، بالاشارة الى ص ٨٤.

- الباب الاول -

أساس مسؤولية الإدارة

تمهيد و تقسيم:-

الأساس لغة من (الأس) بالضم و هو أصل البناء ، و جمعة (أسس)^(٨١)، وورد ذكره في القرآن الكريم في عدة سور منها ((لَتَقُمْ فِيهِ أَبَدًا لِمَسْجِدٍ أُسِّسَ عَلَى التَّقْوَى مِنْ أَوَّلِ يَوْمٍ أَحَقُّ أَنْ تَقُومَ فِيهِ، فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَنْ يَتَطَهَّرُوا وَاللَّهُ يَحِبُّ الْمُطَهَّرِينَ))^(٨٢)، و (افمن أسس بنيانه على تقوى من الله ورضوان خير أم من أسس بنيانه على شفا جرف هار فا نهار به في نار جهنم و الله لا يهدي القوم الظالمين)^(٨٣).

اما المقصود بالأساس اصطلاحاً فإنه يحتاج الى تحديد مدلوله العام، فالأساس القانوني لنظام ما او لمسألة معينة هو تفسير ذلك النظام او تلك المسألة وفقاً لقاعدة من القواعد او مبدأ من المبادئ القانونية السائدة في مجتمع معين^(٨٤).

و لنا ان نتساءل عن مدلول أساس المسؤولية الذي نحن بصدده و في هذا نجد ان الفقهاء لا يعابون في العادة بتحديد المعنى الذي يقصدونه عند شرحهم اياه، مما اثار خلافاً كبيراً حول التكييف القانوني للمسؤولية، في حين انهم لو اهتموا بتحديد المقصود من هذا الاصطلاح واستعانوا به للتعبير عن معنى موحد، لسهل من الامر كثيراً و قضى على معظم الخلافات التي ثارت حوله^(٨٥). فقد ذهب بعض الفقهاء الى اعتبار كل من أساس المسؤولية و مصدر المسؤولية مصطلحين مترادفين يعبران عن معنى واحد

(٨١) انظر مختار الصحاح للشيخ الامام محمد بن ابي بكر عبدالقادر الرازي، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٣، ص ١٦.

(٨٢) الآية (١٠٨) من سورة التوبة، الجزء الحادي عشر.

(٨٣) الآية (١٠٩) من سورة التوبة، الجزء الحادي عشر.

(٨٤) استاذنا د. سعدي اسماعيل البرزنجي، الاشراف لمصلحة الغير في الفقه الغربي و الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، مقدمة الى

كلية القانون و السياسة بجامعة بغداد، ١٩٧١، ص ١٤٧.

(٨٥) د. محمد لييب شب، المصدر السابق، ص ٢٦٠.

في القانون العام و الخاص^(٨٦). في حين يميز البعض الآخر بين الاصطلاحين، فيقصّدون بمصدر المسؤولية (Source) (السبب الذي يلزم الشخص بتعويض الضرر الحاصل للغير)، ومصدر المسؤولية عنده يرجع الى ارادة المشرع المعبر عنها بنصوص او قواعد تشريعية تلزم المسؤول بالتعويض. اما ما يعنيه أساس المسؤولية عنده فهو (السبب الذي من اجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على عاتق شخص معين). ويمكن معرفة هذا السبب من الرجوع الى الاعمال التحضيرية للتشريع ومن مذكرات تفسيرية و مناقشات واضعي القانون^(٨٧).

والحق ان لتحديد الأساس القانوني للمسؤولية في تشريع ما اهمية كبرى من الناحية النظرية و التطبيقية اذ يمكن على هدي هذا الأساس التعرف على قصد المشرع من النصوص التي يوردها في علاج مشكلة هذه المسؤولية^(٨٨). و مهما يكن من امر فان أساس المسؤولية يعني الرابطة التي تربط بين الشخص الذي نحمله المسؤولية و بين واقعة الضرر. وتدعى هذه الرابطة في الاصطلاح القانوني، بأساس المسؤولية، اذ بدون تحقق هذه الصلة بين المسؤول وبين المضرور لا يصح القول باتنا امام حالة من حالات المسؤولية، وانما نكون ازاء حالة من حالات التضامن او الاحسان^(٨٩).

ومن هذا المنطلق فانه يتعين ان نبين هنا ان مسؤولية الإدارة وفقا للقواعد التي قررها مجلس الدولة الفرنسي تقوم على أساس الخطأ (Faute). ولكن المجلس يكملها على سبيل الاستثناء بفكرة المسؤولية على أساس المخاطر او تحمل التبعة (risque)^(٩٠).

(٨٦) في هذا المعنى انظر د. عبدالرزاق ستهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ١٧، بند ١٣-ود. محمود

سعد الدين شريف، شرح القانون المدني العراقي، الجزء الاول، ١٩٥٥، ص ٦١، بند ٥٩.

(٨٧) د. محمود ليب شنب، ص ٢٦٠-٢٦١.

(٨٨) د. عباس حسن صراف، المصدر السابق، ص ٧٣.

(٨٩) جبار صابر، المصدر السابق، ص ٢٣٢.

(٩٠) د. محمد فزاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة و المشروعات العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة

الشاعر، اسكندرية، ١٩٧٠، ص ٣٩٣.

و في كلتا الحالتين سواء اكانت المسؤولية قائمة على أساس الخطأ او على أساس
ضرر يختلف الوضع بالنسبة لتحديد احكام مسؤولية الادارة باختلاف الدول تبعا
لاختلاف القواعد التي تنظم الاختصاص القضائي في الدولة^(٩١).

و لهذا سنتناول في هذا الباب أساس مسؤولية الادارة في ثلاثة فصول ،نخصص
حدا من هذه الفصول لدراسة الخطأ باعتباره الأساس الاول و الالم لمسؤولية الادارة،
ينما نخصص فصلا اخر لدراسة مسؤولية الادارة على أساس الضرر(المخاطر او تحمل
تبعه) باعتباره أساسا حديثا و استثنائيا لمسؤولية الادارة.و لكن قبل هذا و ذاك
سنطرق الى موضوع و ثيق الصلة بأساس مسؤولية الادارة، و هو تحديد الطبيعة
لقانونية لتلك المسؤولية اذ انه من الاولويات الواجبة مراعاتها عند دراسة أي نظام
لمسؤولية معرفة الطبيعة القانونية لتلك المسؤولية Nature Juridique، وهذه تكون
كثر اهمية من معرفة أساس تلك المسؤولية، وان كان تحديد هذا الأساس يعتمد الى حد
كبير على النتائج التي تؤدي اليها معرفة الطبيعة القانونية لتلك المسؤولية^(٩٢).
لذا فان تقسيم هذا الباب سيكون على ثلاثة فصول كالاتي :-

***الفصل الاول -الطبيعة القانونية لمسؤولية الادارة .**

***الفصل الثاني -مسؤولية الادارة على أساس الخطأ.**

***الفصل الثالث -مسؤولية الادارة على أساس الضرر.**

(٩١) د. طلال عامر المهتار، المصدر السابق، ص ٢٤٧.

(٩٢) Rene Chapus, Responsabilite Publique et Responsabilite Privée, Les influences reciproques des Jurisprudences Administrative et Judiciaire, Paris, R. Pichonet et R. Durrand auzias, (these) 1957, P.342.No.338.

-الفصل الاول-

الطبيعة القانونية لمسؤولية الإدارة

تمهيد و تقسيم:-

لعل من المفيد ان نبدأ في دراستنا لأساس مسؤولية الإدارة بتحديد طبيعة هذه المسؤولية، فالنظرة الى الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الادارية قد تغيرت مع بداية تغير النظرة الى طبيعة هذه المسؤولية في كونها مسؤولية ذاتية ام انها مسؤولية عن فعل الغير، فيمكن القول بانها مسؤولية ذاتية اذا امكن اثبات ان الشخص المسؤول هو نفسه الذي ارتكب الفعل الضار، اما اذا اثبتنا ان الشخص المسؤول هو متميز عن الشخص مرتكب الفعل الضار و منفصل عنه ماديا، فنكون امام مسؤولية عن فعل الغير اذا ما توافرت فيها شروط هذه المسؤولية .

ولكن لما كانت الإدارة كشخص معنوي عام لا تستطيع القيام بممارسة اعمالها الا عن طريق اشخاص طبيعيين يعملون لديها، ومن هؤلاء من يتصرف باسم الشخص المعنوي و لمصلحته ويمثله قانونا، فهم بالتالي يعتبرون اعضاء في الشخص المعنوي (ويشمل ذلك فئة الاداريين و المدراء ومجالس الادارات) ومنهم من يأترون بأوامر هؤلاء الاعضاء و يخضعون لتعليماتهم وتوجيهاتهم في نطاق الوظيفة فيعتبرون تابعين للشخص المعنوي.

والشخص المعنوي العام او الخاص يتميز عن الشخص الطبيعي بان ليس له جسد و لا إرادة حقيقية خاصة به، لذا فالاشخاص الطبيعيون هم الذين يباشرون نشاطه و يضعون في خدمته جهودهم و ارادتهم و وعيهم^(١٣).

ولما كان الخطأ الموجب للمسؤولية هو "الاخلال بواجب قانوني مقترن بادراك المخل اياه "فانه يصبح من غير الممكن صدوره عن الشخص المعنوي لانعدام الادراك فيه، فيستتبعه انعدام مسؤوليته الذاتية.

ولكن اذا صح هذا بالنسبة للمسؤولية الجنائية التي تستوجب ان تكون شخصية وان العقوبات المترتبة عليها يجب توقيعها على الشخص الجاني بذاته و عدم تجاوزها الى

(١٣) د. رمضان ابو سعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية بيروت، ١٩٨٥، ص ٣٧٠-٣٧١. د. احمد سلامة،

المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ١٩٤.

غيره^(٩٤). الا ان الحالة مختلفة فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية و التي هي محور
نراستنا، اذ لا تتطلب هذه المسؤولية سوى التعويض المالي للضرر ،وهو التزام يمكن
ن تتحملة ذمة الشخص المعنوي مثلما تتحملة ذمة الشخص الطبيعي^(٩٥).

و بناء على ذلك فان الأخطاء الادارية الواقعة ستكون صادرة فعلا و في كل الاحوال
عن الشخص الطبيعي الا ان القانون ينسبها للشخص المعنوي في بعض الاحيان وفق
ظوابط و شروط معينة .

فان جاز و قررنا ان مسؤولية الادارة هي ذات طبيعة ذاتية و مباشرة فتصبح نظرية
لخطأ المرفقي أساسا لتلك المسؤولية وفقا للقواعد الادارية .اما اذا ما قلنا ان
مسؤوليتها هي تبعية و غير مباشرة فان أساسها سيكون مبنيا على قرينة الخطأ
تبسيطة (القابلة لاثبات العكس) او القطعية (غير القابلة لاثبات العكس) حسب القواعد
قمدنية التي تحدد هذا النوع من المسؤولية^(٩٦).

و سنتناول في هذا الفصل طبيعة مسؤولية الادارة في مبحثين اثنين ،نخصص
لمبحث الاول لبيان طبيعة هذه المسؤولية في فرنسا فيما نخصص للمبحث الثاني
لدراسة طبيعة المسؤولية في القانون المصري و العراقي .

^(٩٤) و يرد على ذلك استثناء فيما يتعلق بالعقوبات التي يصلح تطبيقها على الاشخاص المعنوية كحالة حل الشخص المعنوي او
مصادرة امواله او غلق مركز ادارته ،هذا وان مبدا عدم مسؤولية الشخص المعنوي جزائيا يرجع في أساسه الى اسباب تقنية و
سياسية ،فيكون الخطأ المرتكب باسم الشخص المعنوي يجب ان يلزم جزائيا الشخص الطبيعي الذي اقرفه و ان هناك تطورا
يفرض نفسه ويسعى الى الاعتراف ببعض المسؤولية الجنائية على عاتق الشخص المعنوي الى جانب المسؤولية الشخصية
للاعضاء و العاملين فيه ،ولكن هذا الاتجاه لم يترجم حتى الان الى نصوص قانونية و تطبيقات عملية -انظر بهذا الشأن .

H.L.Mazeaud et Jean Mazeaud, Traite, theorique et pratique de la respon
sabilite civile, tomII, Sixime edition, editions montchrestien paris, 1970,
p.1120 No.1981.

^(٩٥) انظر د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ٣٩٣.

^(٩٦) د.زهدي يكن، المسؤولية المدنية، الطبعة الاولى، منشورات المكتبة العصرية .صيدا-بيروت.بدون سنة .طبع، ص ١١٣ -
وانظر ايضا د.احمد سلامة،المصدر السابق،ص ١٩٦ .

-المبحث الاول -

طبيعة مسؤولية الإدارة في فرنسا

بعد ان استقر مبدأ مسؤولية الاشخاص المعنوية العامة في فرنسا، ثار خلاف فقهي شديد حول طبيعة هذه المسؤولية، وامكانية اعتبارها مسؤولية ذاتية على أساس ان القانون قد اعترف للشخص المعنوي بشخصية قانونية مستقلة كذلك المقررة للشخص الطبيعي (الحقيقي) فيمكنه ارتكاب الخطأ ومسائلته مسؤولية مباشرة عنه، ام ان مسؤولية هذه الاشخاص تكون مسؤولية غير مباشرة وعن فعل الغير.

فيمكن تصنيف الاراء التي قيلت في تحديد طبيعة مسؤولية الإدارة في اتجاهين رئيسين و هذا ما سندرسه تباعا في مطلبين متتاليين .

-المطلب الاول-

الاتجاه القائل بالمسؤولية الذاتية المباشرة للإدارة:-

يرى اصحاب هذا المذهب ان مسؤولية الاشخاص المعنوية هي مسؤولية ذاتية ومباشرة كما هو الحال بالنسبة لمسؤولية الاشخاص الطبيعية، ويعلمون رايهم بانهم لا يستلزم من اعتراف القانون للانسان بالشخصية القانونية عدم اعترافه لغير الانسان بنفس الشخصية فقد تتطلب الضرورة الاعتراف لبعض الكائنات المعنوية (كالإدارة وما تتضمنها من مرافق عامة ومؤسسات) بالشخصية القانونية، وهذه الكائنات تختلف عن الانسان في انها لا يمكن ادراكها بالحس وانما هي تدرك بالفكر^(٩٧).

ومع ان انصار هذا الاتجاه متفقون على الطبيعة الذاتية لمسؤولية الإدارة، الا انهم يختلفون في طريقة التعبير عنها. فذهب البعض^(٩٨) منهم الى ان للشخص المعنوي جميع المقومات التي تجعله قادرا على مباشرة اعماله وبالتالي ارتكابه للأخطاء. حيث افترض

(٩٧) د. رمضان ابو سعود، المصدر السابق، ص ٣١٨- وانظر ايضا د. ابراهيم عبدالعزيز شيجا، مبادئ و احكام القانون الاداري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣، ص ١١١، عادل احمد الطائي، مسؤولية الدولة عن اخطاء موظفيها، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨، ص ١٠٩.

(٩٨) Guyenot, La responsabilite de personnes morales publiques privees, paris 1959, No. 90.

نقلا عن د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ٣٩٤ - وانظر ايضا د. محمود سلام زناي، مبادئ القانون او المدخل الى دراسة القانون، مطبعة الطليعة، اسيرط، ١٩٧٨، ص ٣٧٢.

القانون للشخص المعنوي وجوداً قانونياً يتمثل في منحه إياه الشخصية القانونية، إلا أن تلك الشخصية لا تعدى كونها افتراضاً قانونياً محضاً أو حيلة مصطنعة تلزم وجوده. كما وافترض له أيضاً إرادة متميزة خاصة به وهي إرادة الشخص المعنوي. والواضح أن هذا الرأي نابع من الأفكار القائلة بنظرية الشخصية الافتراضية للشخص المعنوي^(٩٩) (Theorie de la Personnalite Fictive).

وإدارة كشخص معنوي ليس بإمكانها القيام بمهامها و أعمالها إلا عن طريق موظفيها أو العاملين لديها وهم أشخاص دميون، إذ يتصرفون باسمها و لمصلحتها، فمن الواجب مساءلة الإدارة عن الأخطاء الصادرة عن هؤلاء الأشخاص مسؤولية شخصية و مباشرة و خصوصاً عندما تكون تلك الأخطاء مرتكبة عند ممارسة الوظيفة من قبل هؤلاء الموظفين و بغض النظر عن اختلاف فئاتهم و درجاتهم وذلك لأسباب متعلقة بالسياسة الإدارية^(١٠٠).

كما يذهب البعض الآخر^(١٠١) من أنصار هذا الاتجاه إلى أن للشخص المعنوي وجوداً واقعياً و حقيقياً وليس مجرد افتراض قانوني، وأنه لا يستمد وجوده هذا من اعتراف

(٩٩) تعد هذه النظرية من أقدم النظريات التي قيلت في هذا الصدد إذ يعود أصلها إلى الغنشين اللاحقين و إلى كسين و تسمى بالنظريات الرومانية لذيوعها بين شراح القانون الروماني و الكسين. ومن الفقهاء الناصرين لهذه النظرية في العصر الحديث، سافني Savigny الذي حيك صياغتها و عرضها و قصر تطبيقها في نطاق القانون العام و الخاص. وكذلك كابيتان Capitant و اسمان Esmein و جيز Jeze. و تنكر هذه النظرية الشخصية القانونية الواقعية للأشخاص المعنوية، فهي ترى أن الشخص المعنوي هو افتراض محض، و بيان ذلك أن الإنسان وحده محل للحقوق لأن الحق عنده هو سلطة إرادية، و الإنسان وحده يمتلك الإرادة و الإدراك أما الشخص المعنوي فلا يملك إرادة حقيقية خاصة به و إن أرادته مستعارة من مجموع أرادات الأشخاص الطبيعية الذي يخلونه.

ووفقاً لهذه النظرية فإن تقرير الشخصية القانونية لغير الإنسان ليس الافتراضاً أو مجازاً جاء لضرورات عملية ذات منفعة عامة. وفي وقت لاحق و نتيجة الانتقادات التي وجهت إليها، حاول بعض أنصار هذه النظرية التخفيف من حدتها بالقول أن الفرض في الشخصية لا في وجود الشيء ذاته، فالشخص موجود حقيقةً و ما الفرض إلا في شخصيته. هذا و بسبب عدم جدوى نتائج هذه النظرية فإن محكمة النقض الفرنسية قد نبذت هذه الفكرة بصورة نهائية منذ حكمها الصادر في ٢٨ شباط ١٩٥٤- راجع لهذا الصدد د. إبراهيم عبدالعزيز شحيا، المصدر السابق، ص ١١١ د. رمضان أبو سعود، المصدر السابق، ص ٢٣٠- و أيضاً غازي فيصل مهدي، الشخصية المعنوية و تطبيقاتها في التشريع العراقي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون و السياسة جامعة بغداد، ١٩٨٥، ص ٢٦- د. بكر القباني، القانون الإداري الكويتي، مطبعة العصرية، الكويت، ١٩٧٥، ص ٩٣-٩٤ د. محمود حلمي، موجز المبادئ القانون الإداري، ط ١، دار الفكر العربي، ١٩٧٨، ص ٢١. Jese, les principes generaux du droit administratif L G DJ, 3ed, Paris, 1935, P.395

نقلاً عن ريني شابي، المصدر السابق، ص ٢٢٢، فقرة ٢٠٥. (١٠١) وهؤلاء هم أنصار النظرية الحقيقية في الشخص المعنوي، (theorie de la realite) -و يعد العلامة بسلر Besler أول من نادى بهذه النظرية ثم اتبعه جيرك Girke و زيتلمان Zitelman. وفي فرنسا هوروي و ميشو و سالي-انظر غازي فيصل، مهدي، المصدر السابق، ص ٣٤- و أيضاً د. أحمد حافظ نجم، القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٨١، ص ٩٩- د. أحمد سلامة، المصدر السابق، ص ٢١٣- د. عبد النعم البدراوي، أصول القانون المدني المقارن، ط ٢، مكتبة

القانون له بالشخصية القانونية فحسب ، وانما من الناحية الواقعية ايضا، اذ ان الارادة المشتركة او الجماعية للشخص المعنوي تستقل عن ارادة الاشخاص الطبيعيين المؤلفين له بما يكفي لاسباع الشخصية عليه كما تكفي الارادة عند الانسان لهذا الغرض و طالما ثبتت له هذه الارادة اصبح اهلا لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات.

و على هذا فان الشخص المعنوي وفقا لهذا التصوير هو شخص حقيقي ولكنه غير مجسم، فهو يعتبر من الحقائق المعنوية المحضة وليس ماديا مجسما^(١٠٢).

فالشخصية المعنوية وفقا لمنظور هذا الجانب من الفقه حقيقة قائمة تراها العين و يلمسها الحس شأنها شأن شخصية الانسان مع وجود فارق في مظهر تلك الشخصية ولكن اختلف المنادون بهذا التفسير فيما بينهم حول كيفية الوصول الى تلك الحقيقة الواقعية للشخص المعنوي أي الية وجود تلك الارادة الخاصة فيه^(١٠٣). فانصار نظرية العضو^(١٠٤) (Theorie organiciste) ينظرون الى الاشخاص المعنوية بما في ذلك الدولة والاشخاص العامة الاخرى على ان لها وجودا حقيقيا و كيانا ذاتيا مستقلا شأنها شأن كيان الشخص الطبيعي. وانهم توصلوا الى ذلك عن طريق تشبيه الشخص المعنوي بالانسان من ناحية التكوين الجسماني. اذ لا ترى هذه النظرية فارقا في التكوين بين الشخص المعنوي و الشخص الطبيعي فكل منهما يتكون من تجمع خلايا متعددة تكون كلا واحدا، فاذا كان جسم الانسان مؤلفا من خلايا تحيا كل منها حياتها الخاصة و تتفاعل فيما بينها لتوليد ارادة الشخص الطبيعي، كذلك فان للشخص المعنوي ايضا مكوناته أي خلاياه المتمثلة بموظفيه والعاملين لديه الذين يتضامنون فيما بينهم لاجداث الارادة الجماعية. وللشخص المعنوي مخ كالشخص الطبيعي، فكما ان القرار الصادر عن الشخص الطبيعي يأتي نتيجة لتفاعل خلايا مخه، كذلك يكون القرار الصادر عن الشخص المعنوي نتاج تفاعل و تعاون مجموع خلاياه أي اعضائه^(١٠٥).

السيد عبدالله وهبة، القاهرة، ١٩٧٠، د. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، مكتبة السيد عبدالله وهبة، ١٩٦٢، ص ٢٠٨.

^(١٠٢) H.L. Mazeaud et Jean Mazeaud, op. cit. P.1122 No. 1985.

وانظر ايضا د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة معارف اسكندرية، ١٩٧٤، ص ٦٢٤- د. محمود سلام زنائي، المصدر السابق، ص ٣٧٣- د. منصور مصطفى منصور، المصدر السابق، ص ٢٠٩.

^(١٠٣) د. رمضان ابو سعود، المصدر السابق، ص ٣٣٣- وايضا غازي فيصل مهدي، المرجع السابق، ص ٣٤.

^(١٠٤) راجت هذه النظرية في الفقه الالمانى، و مؤداه ان الشخص المعنوي لا يتصور وجوده دون اجهزة او اعضاء معينة تحقق نشاطه في الحياة القانونية. وقد قبلت بها لتجديد المركز القانوني لمثلي الشخص المعنوي الى جانب نظريتي الوكالات **mondat** والنيابة القانونية **representation Legal**. انظر د. رمضان ابو سعود، المصدر السابق، ص ٣٦٦- د. احمد حافظ النجم، المصدر السابق، ص ١٠٠.

^(١٠٥) انظر د. حسن كيرة، المصدر السابق، ص ٦٢٤- د. احمد سلامة، المصدر السابق، ص ٢١٤- د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ط١، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢، ص ١٥١- د. بكر القباني، المصدر السابق، ص ٩٦- د. منير محمود الوترى، في القانون الاداري، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٦، ص ٩٣.

لذا فإن العاملين في الشخص المعنوي يعتبرون الاعضاء فيه، يذوبون في كيانه كما تنوب اعضاء الجسم في كيان الشخص الادمي دون ان تتميز عنه قانونا. كما انه ليس هناك تمييز بين هؤلاء العاملين (الاعضاء) من حيث الدرجة الوظيفية التي يشغلونها (اي بين الموظف صاحب القرار و السلطة لدى الادارة وبين مجرد عامل التنفيذ فيها، لان هؤلاء لا تنفصل شخصيتهم وكيانهم عن شخصية و كيان الشخص المعنوي (الادارة)، فتتسب تصرفات هؤلاء العاملين الى الشخص المعنوي مباشرة، مثلما تنسب حركات اليد و القدم في الانسان لشخصه مباشرة، فعندما يتضمن سلوك العاملين لدى الشخص المعنوي اخطاء فانها تنسب لذاته باعتبار انه قد ارتكبها ولو من الوجهة القانونية تكون مسؤوليته طبقا لذلك مسؤولية ذاتية كمسؤولية المرء عن فعله الشخصي وتخضع بالتالي لاحكام المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي^(١٠٦).

ويؤيد الاستاذان هنري وليون مازو نظرية العضو ولكن مع بعض التحفظ. اذ انهما يذهبان الى ان للشخص المعنوي حياة قانونية كالشخص الطبيعي، لأن الاخير لم يمنح لشخصية القانونية بسبب كونه كائنا طبيعيا-فالحوانات والنباتات لايعترف لها بشخصية القانونية -بل باعتباره كائنا ممنوحا او حائزا على ارادة. و يلاحظ الفقيهان ان الاشخاص المعنوية يمتلكون الارادة ايضا وهي الارادة الجماعية لاعضائه فيستطيع لمشروع منطقيا اقرار الشخصية القانونية لهم كما اقره للاشخاص الطبيعية، وان غياب الهيكل لايشكل عقبة في طريق ذلك،بالاضافة الى مسؤولية الشخص المعنوي عن اعمال تابعيه وفق المادة ١٣٨٤/٥ من القانون المدني الفرنسي، فانه يمكن لهذه الاشخاص ان ترتكب اخطاء عمدية لانها وان لم تكن لها وجود مادي الا ان القانون اقر لها الوجود فواقعي والذي يشبه واقعية وجود الشخص الطبيعي. فالاعضاء في الشخص المعنوي هم الذين يمثلون ارادة هذا الشخص، فاذا اتخذ هؤلاء الاعضاء قرارا باسم و لحساب الشخص المعنوي فان القرار سوف يلزم الاخير باعتبار ان هذا القرار قد صدر عن الشخص المعنوي ذاته، و يترتب على ذلك ان الاعضاء اذا ما ارتكبوا خطأ باسم و بحساب الشخص المعنوي فيعتبر هو مرتكبه من الناحية الواقعية و يسال عن التعويض طبقا للمادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي .

كما و يمكن مساءلة الاشخاص الطبيعية العاملين لدى الشخص المعنوي عن الأخطاء الشخصية التي يرتكبونها بموجب المادة ١٣٨٢ او مطالبة الشخص المعنوي بتعويض الضرر على أساس المسؤولية التضامنية . لا لأن العاملين يذوبون في كيان الشخص المعنوي بحيث ينعدم كل وجود لشخصيتهم فيه كما صوره انصار نظرية العضو .

ويستدل الفقيهان رأيهما بما اقامتها المحاكم الفرنسية في احكام عديدة لها مسؤولية الاشخاص المعنوية العامة و الخاصة على أساس المادة ١٣٨٢ الخاصة بالمسؤولية

(١٠٦) انظر د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص٣٩٨-د. ابراهيم شيحا، المصدر السابق، ص١١٢-د. عدنان المجالي، المصدر السابق، ص٢٧-د. عبدالمعزم البدراري، المصدر السابق، ص١٨١-د. انور احمد رسلان، القانون الاداري السعودي، ادارة العامة للبحوث، المملكة العربية السعودية، ١٤١٠هـ، ص١٥٩-د. منير الوتري، المصدر السابق، ص٩٧ .

الذاتية والمباشرة عن الخطأ المنسوب الى ذات الشخص المعنوي، اذ يقولون بهذا الصدد "ان ذلك لا يبرهن ان الخطأ المدني لا يستوجب وجود الادراك" (١٠٧).

و يذهب الاستاذ تونك Tunc الى ان مسؤولية الادارة باعتبارها متبوعا هي ذات طبيعة ذاتية و مباشرة، ويستخلص ذلك من تصويره الخاص لأساس المسؤولية اذ يقول "ان ذلك الشخص الذي يلجأ الى تابع لاداء بعض الاعمال بمد نشاطه اليه لا يعد التابع الا ان يكون اداة بين يديه، فعندما يتصرف التابع، فان الامر يكون كما لو كان المتبوع هو الذي تصرف في مواجهة الغير. بحيث يكون هناك خلط بين المتبوع والتابع حتى ان الغير يعتبر عمل التابع هو عمل المتبوع. فالتابع لا يتعدى كونه ذراع المتبوع، فيصبح ضربا من العبث ان يرفض المتبوع دفع التعويض عن الاعمال غير المشروعة لتابعه بحجة ان هذه الاعمال من صنع يده وليس من صنع نفسه" (١٠٨).

اما استناد القضاء الفرنسي في العديد من الأحكام بشأن مسؤولية الادارة على نص المادة ١٣٨٤/٥ من القانون المدني والمتعلق بمسؤولية المتبوع عن اعمال التابع فلا يدل على الصفة التبعية لهذه المسؤولية او ان تلك المادة هي واجبة التطبيق، بل لان احكامها تعتبر متوافقة اكثر من اية مادة اخرى مع نظام مسؤولية الادارة (١٠٩).

ويؤكد الاستاذ ميشو Michoud (١١٠) ان مسؤولية الشخص المعنوي عن اخطاء اعضائه (الموظفين ذوي الدرجات الوظيفية العالية) هي مسؤولية ذاتية ومباشرة، ولكنه اتخذ مسلكا مغايرا لما سلكه اصحاب نظرية العضو. فهو ينكر التلاحم الطبيعي بين ارادة العضو وارادة الشخص المعنوي الذي يؤدي الى اعتبار ارادة العضو هي ارادة الشخص المعنوي من الوجهة الطبيعية. فهو يوضح ان علاقة العضو بالشخص المعنوي هي علاقة قانونية وليس تفاعلا طبيعيا. فتنسب ارادة العضو للشخص المعنوي من الوجهة القانونية فقط ولا تتعدى الى الناحية الطبيعية. فهو يقول "ان المشرع عندما ينسب ارادة العضو الى الشخص المعنوي فهو يترجم الحقيقة في صياغة قانونية و يضعها في اطارها القانوني لأن الفعل الذي يأتيه العضو هو من وحي الشخص المعنوي مباشرة حيث يعمل هذا العضو باسم ذلك الشخص وبالروح التي تسود جميع اعضاء هذا الشخص ومن اجل مصلحته، فاذا كان ذلك الفعل ينسب الى الشخص الطبيعي من

(١٠٧) H.L.Mazeaud et Jean Mazeaud, op.cit No.1985.P.1122-1123.

و يذهب الاستاذان الى ابعاد من ذلك بالقول ان الاشخاص الذين نسميهم معنويين اقم في الحقيقة اشخاص معنوية بحجة اما الكائن البشري فانه ايضا شخص معنوي و على هذا الأساس منح الشخصية القانونية، وان الاختلاف الوحيد بينهما يكمن في ان العضو في الشخص المعنوي هو عنصر في الهيكل الاجتماعي بدلا من ان يكون عنصرا في الهيكل الطبيعي. انظر المصدر نفسه، ص ١١٢٣.

(١٠٨) H.L.Mazeaud et tunc, Traite Theorique et pratique de la responsability civil, tome premier-sixieme editions motchrestien, Paris, 1965, No.1986.P. 1124. (١٠٩)

يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات - القانون والجرم وشبه الجرم، ط ١، منشورات عويدات، بيروت، باريس، ١٩٧٨، ص ٥١.

(١١٠) Michoud, Traite de la Personnalite morale. T.2. 2ed-Paris, 1924, No.266-278.

نقلًا عن د. ابراهيم طه الفياض، مسؤولية الادارة عن اعمال موظفيها في العراق، دار النهضة العربية ١٩٧٣، ص ٤٠-٤٦ وانظر ايضا د. رمضان أبو سعود، المصدر السابق، ص ٣٧٠-٣٧١ وايضا عادل الطائي، المصدر السابق، ص ١١١.

توجهة المادية و الطبيعية فإن من العدل ان ينسب ذات الفعل الى الشخص المعنوي من توجهة القانونية، وعندما ينسب المشرع هذا الفعل الى الشخص المعنوي، ويعتبر ارادة لعضو ارادة الشخص المعنوي، فهو لايجعل من المجاز وسيلة لذلك، وانما تلك حقيقة قانونية. اما مسؤولية الادارة عن اخطاء تابعيها (وهم الذين يأتمرون بأوامر الاعضاء فيه وينفذون تعليماتهم و توجيهاتهم) فهي مسؤولية تبعية وعن فعل الغير وتخضع لأحكام المادة ١٣٨٤/٥ من القانون المدني^(١١١).

فقد ميز هذا الفقيه هنا في مجال المسؤولية بين العضو والتابع في الشخص المعنوي حيث ان مسؤولية احدهما مختلفة عن مسؤولية الاخر من حيث الطبيعة القانونية.

ويدعم هذا الاتجاه ما استقر عليه القضاء الفرنسي في بعض احكامه، ففي حكم محكمة النقض الفرنسية قضت فيه بان الخطأ الذي يصدر عن العضو ممثل الشخص المعنوي ينسب الى الشخص المعنوي ذاته و يستتبع مساعلته مسؤولية ذاتية و مباشرة^(١١٢). كما وقضت بمسؤولية الجمعية التي تنظم مباراة كرة القدم مسؤولية مباشرة عن خطئها الشخصي بعدم اتخاذها التدابير اللازمة لتفادي وقوع حوادث للاعبين او لجمهور المتفرجين^(١١٣). وقضت ايضا بان الشخص المعنوي مسؤول عن اعضائه او ممثليه كما هو مسؤول عن فعل مستخدميه^(١١٤). كما قررت بان الشخص المعنوي غير مسؤول عن الاعمال غير المشروعة الواقعة من الاشخاص الطبيعيين الذين يتالف منهم الا اذا وقعت تلك الاعمال من الاشخاص ذوي الصفة في مباشرة تلك الاعمال و المخولين للقيام بها، فلا يكون مسؤولا عن اعمال اعضائه العاديين (التابعين) الذين ليس لهم صفة في مباشرتها-وبصرف النظر عن كونهم الاغلبية- مادام الشخص المعنوي او اعضاؤه ذووا الصفة (كالمديرين و رؤساء الفروع والادارات) لم يقر تلك الاعمال او يشجع على القيام بها^(١١٥)، ويعتبر ممثل الشخص المعنوي مسؤولا بالذات اذا كان عدم مشروعية العمل الذي اجراه ظاهرا للعيان، ولأن الخطأ الذي يرتكبه الاعضاء او بعضهم

^(١١١) يترتب على القول بان مسؤولية الاشخاص المعنوية (الادارة) هي ذاتية و مباشرة ان تحمل المسؤولية هي بنفسها و تلتزم وحدها بالتعويض على أساس ان الخطأ قد صدر عنها لا عن الموظف (مرتبه الفعلي) ولا يكون لها حق الرجوع على الموظف، اما اذا وصفت المسؤولية بانها تبعية فان المضرورة يكون له الخيار في مقاضاة الشخص المعنوي او الموظف والمطالبة بالتعويض او مقاضاها معا، ويكون للشخص المعنوي حق الرجوع على الموظف مرتكب الخطأ بعد دفعه التعويض للمضرورة. نظر د محمد الشيخ عمر، المصدر السابق نص ٢٣٦-ر د. احمد حافظ نجم، المصدر السابق ص ٩٦.

^(١١٢) نقض مدني فرنسي ٩ نيسان ١٩٢١ سري ١٩٢٢-١٦١/١ دالوز الاسبوعية ١٩٢٩-٥٣٨-مشار اليه في مؤلف

د. سليمان مرقس، المصدر السابق ص ٤٠٢.

^(١١٣) محكمة استئناف ريويم ٢٠ نوفمبر ١٩٣٠ دالوز ١٩٣٢-٢-٨١ نقلا عن د. سليمان مرقس، ص ٤٠٢.

^(١١٤) محكمة السين الفرنسية، ٥ كانون الاول ١٩٠٧، دالوز ١٩٠٧-٢-٧٢-مشار اليه في مؤلف د. زهدي يكن،

المصدر السابق، ص ١١٣.

^(١١٥) محكمة استئناف ١٤ حزيران ١٨٩٢ سري ١٨٩٢-٢-٢٠ نقلا عن د. سليمان مرقس، ص ٤٠٢.

بصفتهم الفردية لا بوصفهم ممثلين للشخص المعنوي لا يمكن بأي وجه من الوجوه ان يسأل عنه الشخص المعنوي^(١١٦).

على ان التفرقة بين عضو الشخص المعنوي الذي يمثله قانونا و التابع فيه، تسترتب عليها نتيجة هامة تتلخص في ان العضو في الشخص المعنوي كما يمثله في القيام بالاعمال القانونية يمثله كذلك في تحمل المسؤولية أي ان ممثل الشخص المعنوي لا يكون مسؤولا شخصا عن الأخطاء التي يرتكبها وهو يؤدي اعماله بصفته الوظيفية، وانما يتحمل الشخص المعنوي المسؤولية عنها كاملة^(١١٧).

و في هذا ذهب البعض^(١١٨) الى اعتبار العضو ممثل الشخص المعنوي بمثابة الشخص المعنوي نفسه بحيث يندمجان في شخص واحد ممثل بالشخصية القانونية المعترفة للشخص المعنوي، غير ان الفقه الحديث يرفض اندماجا من هذا النوع للشخص الطبيعي في الشخص المعنوي، كما ويرى سافاتييه ان الشخص المعنوي مسؤول عن افعال العاملين فيه من الاعضاء مسؤولية مباشرة على أساس ان تلك الافعال وان صدرت منهم الا ان القانون ينسبها الى الشخص المعنوي باعتبار انها صدرت عنه، فتكون مسؤوليته في هذه الحالة ذاتية و مباشرة. اما مسؤوليته عن افعال العاملين فيه من المستخدمين فيحكمها المادة ٣٨٤مدني فرنسي باعتبارها مسؤولية عن فعل الغير^(١١٩)، ولكن يلزما تحديد معنى العضو في الشخص المعنوي بالنظر لتنوعه، فالعضو الاول (الاصلي) في الشخص المعنوي هو مجموع المساهمين في تكوينه كجمعية العمومية في اشخاص القانون الخاص، وهيئة الناخبين في اشخاص القانون العام. فالعضو الاول هو الأساس في تكوين الاشخاص المعنوية والذي بدونه لا يمكن ان تتأسس، فاذا كانت المسؤولية المباشرة للشخص المعنوي الخاص عن اخطاء اعضائه ممكنة، فمن غير الممكن تحققها بالنسبة للاشخاص المعنوية العامة لان العضو الاصلي (هيئة الناخبين) في الاشخاص العامة لا يتولي بنفسه اتخاذ القرارات او اجراء التصرفات القانونية على غرار ما هو عليه بالنسبة للاشخاص المعنوية الخاصة، وانما يقوم بذلك الاعضاء الثانويون (الموظفون) الذين يتم انتخابهم عن طريق هيئة الناخبين، لذا فان المسؤولية المباشرة للادارة تقوم في الحقيقة عن اخطاء هؤلاء الاعضاء^(١٢٠).

(١١٦) د. زهدي يكن، المصدر السابق، ص ١١٤.

(١١٧) د. محمد فزاد منها، المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية، المصدر السابق، ص ١٣٧.

(١١٨) Aubry et Rau, cours de droit civil francais, Tome 6.5ed, 1922, Pare Bertin .P.477.

نقلا عن chapus، المصدر السابق، ص ٢٠٧-٢٠٨.

(١١٩) Savatier: Traite de la respon sabilite civil, tome preimer, deuxiem edition, Paris, 1951, P.259-No.208.

(١٢٠) Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit civil-les obligations, Tome 11. volume 1, sirey, 22 rue soufflot, Paris, 1962, P.439, No. 427 .

ويرى البعض الآخر^(١٢١) أن مسؤولية الشخص المعنوي العام عن خطئه المسمى بخطا المرفق العام هي مسؤولية ذاتية بالرغم من صدوره عن الموظف على أساس أنه جزء من المرفق العام ولا يمكن الفصل بينهما لأن شخصية المرفق العام تمتص شخصية الموظف الى حد ينعدم فيها أي وجود لشخصيته و يصبح الموظف مجرد عنصر في المشروع الإداري (Entreprise Administrative) فيتولد عن هذا أن المضرور يستطيع مقاضاة الإدارة مباشرة من دون الموظف بحيث تثبت مسؤوليتها على أساس أن المرفق في مجمله لم يؤد واجبه المكلف به بصورة جيدة .

فالشخص المعنوي يسأل عن جميع أخطائه التقصيرية منها والتعاقدية، سواء كانت ايجابية او عن طريق الامتناع بغض النظر عن الموظف مرتكب الخطأ وصفته في الشخص المعنوي مادام الخطأ متصلا بأعمال الشخص المعنوي. لكنه لا يكون مسؤولا عن الاعمال غير المشروعة لموظفيه عندما تكون تلك الاعمال غير مرغوب فيها او لم تكن مقررّة لا من قبل الشخص المعنوي ولا من أعضائه المكلفين باتخاذ القرارات فيه^(١٢٢).

وقدما يتصل بمدى مسؤولية الدولة كشخص معنوي عام عن الاضرار التي يتسبب فيها الاعضاء او الممثلون (الموظفون ذووا المراكز الوظيفية العالية)، يقول الأستاذ Hauriou^(١٢٣) "ان الدولة لاتلتزم بأفعال ممثليها ونتائج هذه الأفعال إلا اذا دخلت هذه الأفعال لا في الحدود المادية لواجبات الوظيفة كما ترسمها القوانين واللوائح فحسب، بل دخلت ذهنيا او معنويا اطار الواجبات الوظيفية اما اهواء هؤلاء الممثلين الشخصية فهي لاتلزم الدولة في شئ لان الدولة لاتستطيع ان تحمي نفسها بنفسها من ممثليها عن طريق سلطة تمتلكها في مواجهتهم، لان هذه السلطة لوجود لها مادام هؤلاء يشكلون كتلة الحاكمين فيها. وكل ما تستطيع الدولة ان تحتمي به في مواجهتهم هو تحديد مدلول ضيق لأداء الوظائف"^(١٢٤).

^(١٢١) Andre de laubadere, Traite de droit administratif, septieme edition, Paris, 1976, P.707 – 708, No. 1231.

^(١٢٢) H.L.Mazdaud-Jean Mazdaud, op.cit.No.1987.P.1125.

^(١٢٣) Hauriou, precis elementaire de droit administratif et de droit public, 11ed. sirey. 1927.P.312.

مشار اليه في د.ابراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٥٧ .

^(١٢٤) على أن المشرع الفرنسي قد استثنى من مبدأ مسؤولية الاشخاص المعنوية جنائيا اشخاص القانون العام، وعلة هذا الاستثناء يرجع الى أن هذه الاشخاص تتولى قيام بخدمات عامة و يقتصر نشاطها على تحقيق المنافع التي تعهد بها اليها. ومن المستبعد أن تسغل نشاطها في ارتكاب الجرائم، فيكون من واجب الدولة حمايتها حتى تتمكن من اداء مهامها وواجباتها بفاعلية و امان .

انظر د.محمود عثمان الممشري، المسؤولية الجنائية عن فعل الغير، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، ١٩٦٩، ص ٤٢٣.

يتضح مما تقدم ذكره من الاراء انها متفقة في مجموعها لأعتبار مسؤولية الاشخاص المعنوية العامة عن الاعمال الضارة الصادرة عن موظفيها (اعضاءها) على انها ذات طبيعة مباشرة وذاتية رغم تنوع واختلاف تبريراتهم لها ،حيث ان لهذه الاشخاص شخصية قانونية مستقلة وارادة خاصة بها تمكنها من ارتكاب الأخطاء او نسبتها اليها،على الرغم من صدور الخطأ عن الموظف كشخص الطبيعي من الناحية المادية، ويظهر ذلك جليا عندما يكون مرتكب الخطأ مجهولا فعندئذ لابد من تقرير المسؤولية المباشرة للإدارة عنها.

ولكن بالرغم من ذلك فان الفارق يبقى قائما بين الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي (الإدارة)و على الاخص في مدى الحقوق التي يعترف القانون لهما بها،حيث ان هناك بعض الحقوق تثبت بطبيعتها للشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي كحقوق الاسرة و بعض الحقوق الاخرى المقررة في المواثيق الدولية او العالمية كحقوق الانسان التي تقتصر على الاشخاص الادمية ،هذا بالإضافة الى ان اهلية الاداء تكون تامة في الشخص الطبيعي كامل التميز بينما تكون هذه الاهلية محددة في الشخص المعنوي بالحدود المرسومة له قانونا وبقدر ما يتعلق بتحقيق الغرض التي تم انشاؤه من اجله^(١٢٥).

-المطلب الثاني-

الاتجاه القائل بأن مسؤولية الإدارة هي عن فعل الغير:-

يرى هذا الجانب من الفقه ان مسؤولية الاشخاص المعنوية العامة و الخاصة لايمكن ان تكون الا مسؤولية عن فعل الغير أي عن فعل الموظفين التابعين لها .

فذهب الاستاذ Chapus الى ان المسؤولية في القانون العام هي مسؤولية عن فعل الغير و هم عمال الدولة Agents publics ، شأنها شأن مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه، نظرا لان الاشخاص العامة هي اشخاص معنوية محضة لا تستطيع ان تنصرف بنفسها من دون التابعين الذين يقومون بأجراء تلك التصرفات باسمها ولحسابها،

(١٢٥) انظر بهذا الصدد-د.حماد محمود شطا ،النظام القانوني للاجور و المرتبات في الوظيفة العامة ،دار الفكر العربي، ١٩٧٧،ص٢٦-وايضا باسل يوسف ،المصدر السابق،ص١٥،-د.صلاح الدين الناهي ،محاضرات في القانون المدني العراقي معهد الدراسات العربية العالية ،١٩٩٠،ص١٦٥- د . محمود سلام زناي ،المصدر السابق،ص٣٧٣-د.عبدالمالك ياس، اصول القانون-نظريتنا القانون و الحق، مطبعة سلمان الاعظمي،بغداد،١٩٦٨،ص٣٥٤،د.محمود منير الوترى،المصدر السابق،ص١٠٣.

ويحتالي فإن الأخطاء الإدارية هي دائما وفي كل الاحوال تكون صادرة من هؤلاء العمال و الموظفين. فيكون المضرور مخيرا ، ان شاء توجه بدعوى التعويض ضد الموظف مرتكب الخطأ او الإدارة باعتبارها متبوعا ، وان شاء فله ان يقاضيهما مجتمعا^(١٢٦).

وأساس المسؤولية عن فعل الغير سواء في الفقه الإداري او الفقه المدني هي فكرة لضمان، فالمتبوع او الشخص المعنوي ملزم بتعويض ضرر لم يقع منه بالذات لانه ضامن بلا ريب، كما ويمكن القول بانه كفيل للنتائج الضارة لأعمال مستخدميه وموظفيه^(١٢٧).

فالفقيه يرى ان هناك التزاما يقع على عاتق كل من المتبوع والإدارة يتمثل في ضمان اعمال الموظفين والتابعين العاملين لديهم ، وهذا الالتزام (الضمان) يرجع بأساسه الى ان التابعين او الموظفين يقومون باداء خدماتهم و وظائفهم باسم ولمصلحة رب عمل او المجموعة العامة، ولا يكون هناك من سبب يبرر المسؤولية عن فعل الغير في لقانون العام والخاص غير ذلك، وان من المنطقي ان يتحمل الشخص الذي يستغل او ينتفع من نشاطات غيره المسؤولية المترتبة عن القيام بهذه النشاطات والمخاطر التي تنشأ عنها^(١٢٨).

ومن جهة أخرى فان chapus ينتقد ما ذهب اليه الفقيهان Michoud و Mazeaud في ان الشخص المعنوي يسأل عن خطأ العضو او الممثل مسؤولية ذاتية و مباشرة باعتبار ان شخصية العضو (الموظف) تدوب في كيان الشخص المعنوي الى حد يسأل فيه الاخير بدون وساطة العضو . ويستند في نقده لأرائهم الى ما قرره القضاء الفرنسي في هذا الصدد من احكام اجاز فيها للمضرور مقاضاة الشخص المعنوي مباشرة عن اخطاء الاعضاء الذين يمثلونه فضلا عن حقه في مقاضاة العضو او الممثل الذي كان خطؤه سببا في احداث الضرر ومن ثم عدم السماح له بدفع مسؤوليته على أساس انه يعمل لحساب الشخص المعنوي باعتباره عضوا او ممثلا فيه . وما اقره القضاء ايضا بهذا الشأن من امكان رجوع الشخص المعنوي على محدث الضرر بما دفعه للمضرور من تعويض، فهذه الاحكام تثبت بلا شك الصفة التبعية لهذه المسؤولية^(١٢٩).

وفيما يتعلق بالتمييز بين الاعضاء والتابعين في الشخص المعنوي ، يرى Chapus ان القانون العام لا يعرف مثل هذا التمييز في مجال مسؤولية الإدارة عن اعمال موظفيها و اذا حدث وجرى تمييز بين فئات الموظفين بحسب درجاتهم الوظيفية ، فان ذلك لا اهمية له في مجال المسؤولية لان الجهات القضائية صاحبة الاختصاص لستم تقم أي اعتبار لهذا التدرج الوظيفي عند الفصل في دعاوي المسؤولية الموجهة ضدهم ، فضلا عن ان الموظفين كافة يشكلون كتلة متجانسة من الافراد العاملين لدى الدولة و الاشخاص

^(١٢٦) Rene chapus, op. cit. No. 205. P. 222

^(١٢٧) Ibidem, No. 242, P. 258.

^(١٢٨) Ibidem, No. 245, P. 261.

^(١٢٩) Rene chapus, op.cit.No. 195, P. 215

المعنوية العامة الاخرى^(١٣٠). وفي معرض انتقاد نظرية العضو التي فسرت المسؤولية الذاتية للإدارة، فإن الاستاذين مازو^(١٣١) - رغم كونهما من مؤيدي المسؤولية الذاتية للإدارة - يلاحظان قصور نظرية العضو في تبرير الحالة التي تتعلق بارتكاب العضو (الموظف) وهو يقوم باداء وظيفته لدى الشخص المعنوي لجريمة جنائية، ومن ثم نسبتها مباشرة للشخص المعنوي، والاعتراض ينصب على عدم امكان الشخص المعنوي لأرتكاب افعال إجرامية لان المساءلة الجنائية تشترط توافر إرادة عند المسؤول ولا يمتلك الشخص المعنوي إرادة حقيقية، كما وان تقرير مسؤولية الشخص المعنوي يتناقض مع مبدأ شخصية العقوبة، وبالتالي فان العقوبة لا تصيب الا الاشخاص الطبيعيين العاملين لدى الشخص المعنوي الذين ثبت ارتكابهم للخطا المسبب لقيام المسؤولية. كما وان من العقوبات ما لا يمكن توقيعها الا على الشخص الطبيعي كالسجن او العقوبات البدنية الاخرى يضاف اليه ان العلة في فرض العقوبة هو الردع ولا يتحقق ذلك الا مع الانسان لامتلاكه إرادة حقيقية^(١٣٢). كما ويلاحظ الاستاذ Chapus ان الاستاذ Michoud يتناقض مع نفسه في نظريته، فهو (ميشو) لا يقر بنظرية العضو التي تجعل من ارادة العضو الارادة الطبيعية للشخص المعنوي بل يرى ان ارادة العضو هي ارادة الشخص المعنوي من الوجهة القانونية فقط ولا تتعدى الى الوجهة الطبيعية، ومن دون ان تسمح لنظريته من ان تستند في هذا التصوير - (اي في اعتباره لافعال العضو بانها افعال الشخص المعنوي ذاته لاتحاد ارادتهما من الناحية الطبيعية) - على أي افتراض او مجاز، وان القانون بتقريره ذلك لم يعمل شيئا سوى اظهارها للحقيقة في صيغة قانونية. فهنا يتساءل شابي : ماذا تكون تلك الحقيقة لو لم تكن هي ذات الحقيقة التي اظهرها انصار نظرية العضو؟ وللإجابة عليه، يرى شابي ان موقف الاستاذ ميشو ينحصر بين امرين لا يمكن استبعاد أي منهما دون ان يتناقض مع نظريته، فاما ان تكون مسؤولية الشخص المعنوي مسؤولية ذاتية ومباشرة وهنا تصطدم نظريته بالمبدأ القائل بعدم امكان الشخص المعنوي ارتكاب الأخطاء بذاته لاتعدام الارادة الطبيعية لديه، او ان تكون مسؤولية الشخص المعنوي ذاتية ومباشرة رغم الحقيقة المخالفة لذلك، وهذا لايمكن ان يستقيم الا عن طريق الفرض او المجاز وهو ما رفضه ميشو وحاول ان يبعد نظريته من ان تستند اليه .

ومن ثم يؤكد شابي ان الحقيقة القانونية والواقعية في هذه المسألة تكمن في ان الشخص المعنوي يعمل دائما عن طريق اشخاص طبيعيين وان مسؤوليته تبعاً لذلك تكون عن افعال هؤلاء، فتصبح مسؤوليته وفقاً لذلك مسؤولية عن فعل الغير^(١٣٣)، كما ان مدلول العضو عند الفقيه Michoud - كما يقول شابي - ينصرف ليشمل كل الموظفين

(١٣٠) Ibid em, No. 205, P.222

(١٣١) H.L.Mazeaud-Jean Mazeaud, op.cit.No. 1981.P.1120.

(١٣٢) انظر د. رمضان ابو سعود، المصدر السابق، ص ٣٧١، د. حسن كيرة، المصدر السابق، ص ٦٢٣، د. احمد سلامة.

المصدر السابق، ص ٢١٥، د. ر. انور احمد رسلان، المصدر السابق، ص ١٦٠، د. محمود حلمي، المصدر السابق، ص ٢٢.

(١٣٣) Rene Chapus , op.cit.No.196. P.216.

وانظر ايضا عادل احمد الطائي، المصدر السابق، ص ١١٥-١١٦.

لعاملين لدى الشخص المعنوي العام والخاص وهذا التصوير للعضو يكون ايضا محلا لانتقاد في نظره لانه لا يدل في الواقع على معنى العضو الحقيقي، فالموظف بصفته ممثلا او تابعا للشخص المعنوي يقوم باداء الاعمال فيه باجر معين و لمدة محددة تنتهي بمن الاحالة على التقاعد. اما العضو الحقيقي او الاصلي في الواقع فهو مجموع لناخبين الذين يمارسون وظيفة تعين ممثليهم . ولكن تطبيق نظرية العضو بمفهومها لصحيح هذا على الاشخاص المعنوية في دولة كفرنسا امر صعب للغاية، لتعذر ممارسة ديمقراطية المباشرة لذا فانها لاتزال تطبق النظام النيابي على عكس ما يمارس في بعض الكانتونات السويسرية حيث يقوم مجموع الناخبين بتقرير شؤونها بأنفسهم بتخاذهم القرارات المباشرة في كل ما يتعلق بحياتهم في كافة المجالات السياسية والاجتماعية والاقتصادية .

اما العضو (الموظف) الذي يتخذ القرارات في الشخص المعنوي فيأتي في مرتبة ثانية لانه يتم تعيينه اصلا من قبل الناخبين . وبالتالي فهو يعتبر من الغير بالنسبة للشخص المعنوي فتكون مسؤولية الأخير عن اعماله الضارة مسؤولية تبعية وغير مباشرة . لانه وان جاز قيام مسؤولية الشخص المعنوي مباشرة عن اعمال هؤلاء الا ان صعوبة تحديد من له صفة العضو في الشخص المعنوي يحول دون استقرار هذه النظرية^(١٣٤).
ما الاستاذ Waline^(١٣٥) فانه ايضا يعتبر المسؤولية في القانون العام مسؤولية عن فعل لغير، فهو ينفي امكانية نسبة المسؤولية بصورة مباشرة الى الشخص المعنوي العام، باعتبار الموظفين اعضاء فيه كاعضاء الجسم بالنسبة للانسان فهو يرى ان من غير صحيح مقارنة العضو في الشخص المعنوي بالعضو في الشخص الطبيعي لوجود اختلاف اساسي بينهما في الطبيعة والتكوين، فالعضو في الشخص الطبيعي لا يمكنه حركة والقيام بالاعمال (دون ايعاز من المركز العصبي او الدماغ) بينما يكون بإمكان العضو في الشخص المعنوي ان يعمل تلقائيا او ان يبدع، كما ان اعضاء الشخص الطبيعي التي بواسطتها يمارس اعماله ليست لها كيان مستقل عن كيانه، اما اعضاء لشخص المعنوي المتمثلة في الاشخاص الادميين فان كيانهم مستقل و ينفصل عن كيان لشخص المعنوي رغم ممارستهم للأنشطة و الأعمال بأسم و لحساب الشخص المعنوي.

لذا فقد اعتبرت مسؤولية الإدارة عن اعمالها ازاء الافراد خاضعة للمادة ١٣٨٤ من قانون المدني الفرنسي التي تتطلب ازدواجا في الأخطاء المرتكبة بسبب ازدواج الاشخاص المسؤولين، فهي تتطلب ابتداء قيام الموظفين بارتكاب خطأ يكفي لقيام مسؤوليتهم الشخصية عنه، ومن ثم ارتقاء هذه المسؤولية الى الإدارة بتأثير افتراض خطأ غير القابل لاثبات العكس من جانبها^(١٣٦).

^(١٣٤) Chapus , op.cit, No. 262, P.261 .

^(١٣٥) Waline, Droit Administratif, 9 ed, 1963, No. 1357, P.787 .

خلا عن ريني شابي، المصدر السابق، ص ٢٦١، فقرة ٢٤٤- وانظر كذلك عادل الطائي، المصدر السابق، ص ١٢٢.

^(١٣٦) د. رمضان ابو سعود، المصدر السابق، ص ٣٦٦.

اما فيما يتعلق بإمكانية القضاء مساءلة الاشخاص المعنوية احيانا على أساس المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي عن الأخطاء التقصيرية التي يرتكبها اعضاء هذه الاشخاص كما هو الشأن بالنسبة لمسؤولية النقابات المهنية عن اخطاء المسؤولين عن ادارتها، فيعلق الاستاذ Waline على ذلك بالقول انه سواء استندت المحاكم الى المادة ١٣٨٢ او المادة ١٣٨٤ من التفتين المدني بشأن مسؤولية الاشخاص المعنوية فان القضاء يصل الى نفس النتائج التي تؤكد كون المسؤولية في هذه الحالات هي عن فعل الغير، لانه يفسر مسلك القضاء في استناده الى المادة ١٣٨٢ احيانا بصدد مسؤولية الاشخاص العامة، بانه لا يرجع الى ان مسؤولية هذه الاشخاص هي مسؤولية ذاتية او مباشرة وانما يكون راجعا الى ان هذه الاعضاء لا يمكن اعتبارهم تابعين للشخص المعنوي حتى تطبق بشأنهم احكام المادة ١٣٨٤ اقلاب والحالة هذه الالتجاء الى النص العام الذي يحكم المسؤولية التقصيرية أي المادة ١٣٨٢ من القانون المدني^(١٣٧).

و ينضم الفقيهان Leon Duguit و Bordeaux الى انصار المسؤولية التبعية للادارة^(١٣٨)، الا انهما قد اختلفا في الأساس الذي تستند اليه هذه المسؤولية. فالعميد ديكي ينكر الشخصية المعنوية للدولة ويعتبرها مفهوما غير مبرهن عليه ويتعذر اثباتها، وكونها لا تستجيب لاية حقيقة مدركة مباشرة، ومن ثم فهو ينكر قدرة الادارة على ارتكاب الأخطاء اذ يقول انه اذا حصل وان سلمنا بصحة القول بان الادارة هي شخص جماعي (معنوي) فانها مع ذلك لا يمكنها ارتكاب الخطأ بنفسها، والقول بخلاف هذا هو ضرب من الوهم، وحيث ان الادارة ليست لها ارادة طبيعية مدركة، ولان ارتكاب الأخطاء يستوجب وجود ارادة انسانية حقيقية، فان الموظفين كاشخاص ادميين هم المرتكبون للأخطاء فلا يصح نسبتها الى الشخص المعنوي العام الذي يتبعونه .

ومن جهة اخرى فان هذا الفقيه يرجع أساس تلك المسؤولية لا الى فكرة الخطأ وانما الى فكرة التضامن الاجتماعي، اذ يقول بهذا الصدد "اننا لا يمكننا ان نتصور مسؤولية الدولة الا على أساس فكرة التامين الاجتماعي".

^(١٣٧) Rene Chapus, No.198, P.218 .

وبعد كل ذلك يرى شابي ان الحقيقة القانونية لمسؤولية الشخص المعنوي هي ان هذا الشخص يعمل دائما عن طريق اشخاص طبيعيين يقومون بادارة شؤون هذا الشخص فاذا حصل وكان هناك اختلاف في مركز هؤلاء العاملين بالنسبة للهيئة التي يتبعونها، فذلك لا يستوجب ان تنسب تصرفات بعضهم الى الشخص المعنوي مباشرة وكانها صادرة عنه . بل تبقى في نظر القانون والواقع تصرفات صادرة عن هؤلاء الاشخاص ومن ثم فان المسؤولية عنها هي مسؤولية غير مباشرة وعن فعل الغير. المصدر نفسه، ص ٢٢١-٢٠٢.

^(١٣٨) Duguit(L). Traite de droit administratif et de droit public, Paris, sirey, 12 edit, par A. Hauriou, 1933.P.469-470

نقلا عن شابي، المصدر السابق، ص ٢٦٠، فقرة ٢٤٤، وانظر ايضا العميد ليون ديكي، دروس في القانون العام، مركز البحوث القانونية، ترجمة رشدي خالد، بغداد، ١٩٨١، ص ٤٦-٥٢.

اما العميد بوردو فانه يتفق مع ما ذهب اليه العميد ديكي من انكار المسؤولية الذاتية
تتمثل في المعنوي العام ويؤكد بأن تلك المسؤولية هي عن فعل الغير ولكنه يقيم تلك
المسؤولية على أساس آخر غير الذي استند اليه العميد ديكي فهو يقول "الدولة نوعا ما
ضامنة لما نسميه غالبا بالخطر الاجتماعي، أعني الخطر الناتج عن النشاط الاجتماعي
يسبب تدخل الدولة. فهذه المسؤولية هي دوما مستندة على هذه الفكرة، وإذا حصل
وان وقع خطأ من موظفيها فتكون الدولة حينئذ مسؤولة ليست لكونها اقررت الخطأ
بنفسها او بواسطة موظفيها بل لانها تضمن موظفيها ضد جميع المخاطر
الاجتماعية"^(١٣٩).

فالواضح ان هذا الفقيه أرجع أساس المسؤولية التبعية للإدارة الى فكرة ضمان
الخطر الاجتماعي بدلا من فكرة التأمين الاجتماعي التي تتبناها العميد ديكي.

وبصدد هذا الخلاف يرى استاذنا د. عبدالرحمن رحيم مايلى "ان الكلام هنا يجري
حول الشخص القانوني وفي دائرة القانون لا في الفلسفة لهذا، فانه لأمر منطقي
الائتباب الشخص المعنوي مع الشخص الطبيعي لوجود الفارق بينهما من حيث اهليتي
الوجوب والاداء مع الاقرار بوجه التشابه فيما بينهما .

فالامر المهم بالنسبة للشخص القانوني هو جوهر هذا الشخص الذي يكمن في قيمته
الاجتماعية. عليه فان الشخص المعنوي -وفي اطار هذا المفهوم- شخص حقيقي اذ ان
فكرة الشخصية المعنوية باتت حقيقة قائمة ومستقرة في عالم القانون ولدى القضاء و
معظم فقهاء القانون. ومن هذا المنطلق فان الاخذ بالرأي المخالف لهذه الحقيقة يؤدي
بالضرورة الى الغاء فكرة الشخص المعنوي من أساسها وهذه نتيجة لا يمكن قبولها
وياها المنطق القانوني .

ويترتب على اعتبار الشخص المعنوي شخصا قانونيا حقيقيا غير مجسم ان يتحمل
النتائج التي تترتب على ما يقوم به من تصرفات قانونية بصورة مباشرة او غير
مباشرة"^(١٤٠).

ومما يجدر ذكره ان بعض قرارات المحاكم الفرنسية قد اخضعت الشخص المعنوي
لاحكام مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع، إلا انها كانت تتبنى في كل قضية الأساس

(١٣٩) انظر د. احمد حافظ نجم، المصدر السابق، ص ١٠٩، -كما ويكر الفقيه جز فكرة الشخصية المعنوية وذلك بقوله "لا

اذكر انني تناولت طعام الغداء مرة مع احدى الشخصيات المعنوية" -المصدر نفسه، نفس الصفحة .

(١٤٠) تلقت هذا الرأي منه مباشرة عند مناقشة هذا الموضوع .

القانوني الذي يكون أكثر ملاءمة لها وفقا لما يحيط بها من ظروف^(١٤١). ففقت محكمة ليون، بمسؤولية الشركات المساهمة عن الأفعال الضارة التي ارتكبتها مديروها^(١٤٢). وبمسؤولية النقابات المهنية والجمعيات عن أعمال لجاتها التنفيذية، وكذلك مسؤولية شركات السكك الحديدية عن الأعمال الضارة لموظفيها^(١٤٣).

وإذا كان لابد أن ندلو بدلونا في هذا المجال، فإنا نقول، تأييدا لجانب من هذه الآراء، أن مسؤولية الإدارة يمكن أن تكون مسؤولية ذاتية و مباشرة عندما تكون تلك المسؤولية أساسها الضرر أو عندما تكون قائمة على أساس الخطأ المرتكب في النطاق المادي والذهني لواجبات الوظيفة، فالإدارة كشخص معنوي عام تنطبق عليها المبادئ والاحكام المنصوص عليها في نظام المسؤولية للأشخاص المعنوية بصورة عامة وبالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة الإدارة. ولما كانت فكرة الشخصية المعنوية قد استقرت على صعيد التشريع والقضاء في كافة الدول وما تضمنته من اعتراف المشرع بامتلاك الشخص المعنوي لشخصية قانونية مستقلة وبالأهلية اللازمة لمباشرة كافة الأعمال والتصرفات التي يتخصص بادائها في المجتمع، فلا يبقى بعد ذلك ما يمنع من قيام مسؤوليتها الذاتية أو التبعية كما تقوم مسؤولية الأشخاص الطبيعيين .

والواقع، يجب أن لا يفسر عدم امكانية الشخص المعنوي لاداء أعماله بنفسه دون تمثليه والعاملين فيه بكونه عديم الأهلية، بل يجب القول بأن الإرادة التي يعبر عنها ممثلو الشخص المعنوي وما يقومون به من أعمال تعد في نظر القاتون بمثابة إرادة وعمل الشخص المعنوي وذلك لضرورات اجتماعية وقانونية^(١٤٤)، ولكن بالرغم من ذلك فإنه يبقى هناك فارق في الشخصية القانونية المقررة للشخص المعنوي (الإدارة) عن تلك المقررة للشخص الطبيعي لأن إرادة الشخص المعنوي هي دائما إرادة مفترضة تستلزم وجود أشخاص الدمين للتعبير عنها. ولا تؤثر هذه الحقيقة سلبا في الشخصية القانونية للشخص المعنوي، إذ أن ثبوت الشخصية القانونية لشخص معين لا يمنع اسناد نشاطه لشخص آخر، لذا فإنه بإمكان الشخص المعنوي العام أو الخاص ارتكاب الأخطاء ومن ثم

(١٤١) د محمد فزاد مهنا، المسؤولية الإدارية في تشريعات البلاد العربية، المصدر السابق ص ١٣٧.

(١٤٢) محكمة ليون ٥ تشرين الثاني، ١٩٣٣، دالوز الاسبوعية، ١٩٣٨، الاحكام، ١٢-١٥- مشار اليه في مؤلف د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ٤٠٠.

(١٤٣) المصدر السابق، ص ٤٠١- وانظر ايضا الاحكام التي اشار اليها الدكتور محمد الشيخ عمر، المصدر السابق، ص ٢٣٨.

(١٤٤) لتأييد هذا القول انظر د. رمضان ابو سعود، المصدر السابق، ص ٣٦٧- و د. عبدالمعزم البدراوي، مبادئ القانون، مكتبة السيد عبدالله وهبة، ١٩٧٧، ص ٣٢٢.

قيام مسؤوليته الذاتية والمباشرة عنها، وإن صدرت تلك الأخطاء عن الأشخاص طبيعية (الموظفون) من الناحية المادية طالما لم تتأثر تلك الشخصية أو الإرادة المقررة للشخص المعنوي العام بسبب اسناد اعماله الى موظفيه. ومما يبرهن على صحة هذا نقول أي (جواز قيام المسؤولية الذاتية للإدارة) ما ابتدعه قضاء مجلس الدولة الفرنسي من نظرية الخطأ المرفقي^(١٤٥)، وفيها ينسب الخطأ بصورة مباشرة الى الإدارة فتثبتت مسؤوليتها الذاتية عنه رغم صدور الخطأ من الناحية المادية عن الموظف إلا أنه يعتبر خطأ المرفق العام لأسباب تتعلق بالإدارة وطبيعة الاعمال التي تقوم بها^(١٤٦).

أما مسؤولية الإدارة عن الأخطاء المرتكبة خارج إطار الوظيفة أو الأخطاء لشخصية للموظفين فإن مما لا شك فيه أنها مسؤولية تبعية وعن فعل الغير حيث ينسب

^(١٤٥) ابتدع قضاء مجلس الدولة الفرنسي وهو قضاء انشائي بدرجة أساسية الى جانب نظرية الخطأ المرفقي العديد من النظريات والتي استقل بها في هذا المجال وسبق لها القانون الخاص والتي أصبح بعضها أساساً للقانون الإداري وبالتالي للمسؤولية الإدارية ومنها - نظرية المخاطر الإدارية، ونظرية علاقة الموظف بالدولة ونظرية القرار الإداري ونظرية الظروف الطارئة ونظرية العقود الإدارية ونظرية التنظيم الإداري وغيرها في مجال القانون العام.

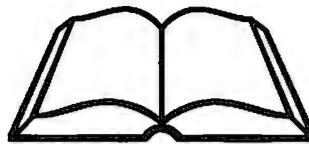
^(١٤٦) يرى د. إبراهيم طه الفياض أن مسؤولية الأشخاص المعنوية العامة (الإدارة) هي مسؤولية عن فعل الغير، كما وعكس أن تكون مسؤولية عن الأشياء التي تمتلكها الإدارة، ويستدل على ذلك بالأحكام القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النزاع الفرنسية، إذ لم تشر هذه الأحكام الى المسؤولية الشخصية أو المباشرة للإدارة لعدم إشارتها الى (خطأ المرفق العام *faute du service public*) أو خطأ الخدمة، وهذا دليل على أن الخطأ لا ياتي به المرفق وإنما يرتكبه شخص طبيعي يعمل لحساب ومصلحة المرفق (انظر رسالته السابق ذكرها ص ٧٠ وما بعدها).

نكتا لانتق مع ما ذهب اليه الدكتور الفياض وذلك لأن مسؤولية الإدارة عن الأخطاء المرفقية أو المصلحية هي دائماً مسؤولية ذاتية وليست عن فعل الغير، وإن ما استند اليه د. الفياض من أن القضاء الإداري الفرنسي قد استخدم مصطلح الخطأ المرفقي بدلاً من مصطلح خطأ المرفق العام، لا نجد فيه ما يحتمل هذا التاويل، إذا أن المقرر عليه في صعيد الفقه والاجتهاد الإداري أن خطأ المرفقي ينسب مباشرة الى جهة الإدارة بالرغم من معرفة هوية الموظف الذي صدر منه الخطأ، طالما لم يكن في الامكان فصل هذا الفعل الضار للموظف عن مهام ونشاط المرفق العام، وإن الجاري لدى قضاء مجلس الدولة الفرنسي عدم تميزه بين المصطلحين في احكامه، إذ يتوحي عنده مفهوم كل منهما عندما يدلان على أن المرفق هو مرتكب الخطأ وإن صدر في الواقع عن الموظف، ولكن جرت العادة امام هذا القضاء عند عدم امكان معرفة الموظف أو الموظفين مرتكب الخطأ تسميته بمصطلح (خطأ المرفق العام).

ففي اعتقادنا أن كلا المصطلحين يحملان معنى واحداً، وهو أن الخطأ ينسب الى المرفق العام بذاته ومن ثم تقوم مسؤولية المباشرة عنه. وإن كان هناك اختلاف بينهما فهو مقصور في الجانب الشكلي والتحوي فحسب وقد اشار الى ذلك د. الفياض نفسه عندما قال بأن مصطلح *faute de le service* يعني *faute de service* أي الاضافة الى الاسم المعرف بعكس المصطلح *faute de service* فهو وصف للخطأ وليس تعريفاً له، (انظر د. إبراهيم الفياض، المصدر السابق، ص ١٩٠ الهامش).

فيها الخطأ الى ذات الموظف فنقوم مسؤوليته الشخصية عنه .واذا حدث وان دفعت الادارة التعويض للمضرور عن هذا النوع من الخطأ فانه لا يكون الا لان الموظف تابع للادارة فيسري عليها القواعد المدنية بخصوص مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع^(١٤٧)، والتي قررت لضمان ولحماية حق المضرور في التعويض وللتخفيف والتسهيل عن الموظف او التابع الذي يكون غالبا في موقف اقتصادي ضعيف.ومن ثم يكون للادارة حق الرجوع على الموظف بما دفعته عنه من التعويض.

ومهما يكن من امر فانا لا نخرج عن الحقيقة الواقعية للشخص المعنوي العام لو قلنا ان الادارة يمكن ان تكون مسؤولة مسؤولية ذاتية ومباشرة و هنا نكون امام الخطأ المرفقي طبقا لقواعد القانون الاداري عند تحقق شروط هذا الخطأ، وقد تكون مسؤولية الادارة مسؤولية غير مباشرة عن فعل الغير، حينما يكون خطأ الموظف شخصا رغم ان الادارة هنا تتحمل ايضا نوعا اخر من المسؤولية حسب التطور الذي توصل اليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي وهذه المسؤولية هي مسؤولية الادارة في دفع التعويض للمضرور عن الأخطاء الشخصية للموظف، كما سنتطرق اليه بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب .



^(١٤٧) تفترض المسؤولية التبعية للادارة ان يكون الموظف تابعا لجهة الادارة ولكن ليس بالمفهوم الوارد في القانون الخاص أي ليس على أساس ان علاقة الموظف بالادارة هي علاقة تعاقدية (كذلك القائمة بين المتبوع و تابعه) بل على ان هذه العلاقة هي علاقة تنظيمية .ومن هنا يجب ان نميز بين العلاقة التبعية الناتجة عن التزام عقدي وبين العلاقة التبعية النابعة عن التزام قانوني - لان الموظف اصبح في مركز قانوني موضوعي بعد ان كان في مركز قانوني شخصي في السابق. (انظر مقاربا لهذا المعنى استاذنا د.عبد الرحمن رحيم عبدالله، بمحة الموسوم مسؤولية الادارة على أساس الخطأ، مكتوب بخط اليد، غير منشور، ١٩٩٤، ص١- ص٤١ بالاشارة الى ص٢١، وايضا راجع بهذا الصدد د.جماد محمود الشطا، المصدر السابق، ص١٥، ص١٦، و د.ابراهيم عبدالعزيز شيماء، المصدر السابق، ص١٤٦- د.عبد الغني بسويي عبدالله، القانون الاداري، الدار الجامعية-بيروت، ١٩٨٦. ص٢٠٢، ص٢٠٣- و د.عادل الطيطائي، قانون الخدمة المدنية الكويتي الجديد، جامعة الكويت، ١٩٨٣، ص٣٨ .

-المبحث الثاني-

طبيعة مسؤولية الإدارة في مصر و العراق

-المطلب الاول-

طبيعة مسؤولية الإدارة في مصر:-

اختلفت الاتجاهات وتعددت الاراء في مصر كما حصل في فرنسا بشأن طبيعة مسؤولية الشخص المعنوي عن اعمال ممثليه او العاملين فيه ، فذهب قسم^(١٤٨) من تفقهاء الى ان مسؤولية الإدارة بالنسبة للاضرار التي تصيب الغير هي دائما مسؤولية تبعية و غير مباشرة، اذ ان الإدارة بجميع اقسامها ومرافقها في الدولة اشخاص معنوية، والشخص المعنوي لا يرتكب خطأ ولا يمكن ان ينسب اليه الخطأ وانه لا يصدر الاعن لشخص الطبيعي سواء كان هذا الشخص هو مجلس ادارة الشخص المعنوي او مديره او أي عضوله او انه مجرد عامل تنفيذ فيه. وان اعمال قواعد المسؤولية المدنية في مجال مسؤولية الشخص المعنوي يترتب عليه ان يلتزم الموظف المخطأ شخصيا بالتعويض وان حصل وتقررت مسؤولية الشخص المعنوي عن الفرد المرتكب للخطأ بموجب احكام المسؤولية التبعية لوجود علاقة خضوع بين هؤلاء الافراد العاملين والشخص المعنوي وفقا لما ينص عليه قانون انشائه او ان التبعية مفترضة قانونا كما هو بالنسبة لموظفي الإدارة ، فانها مسؤولية مؤقتة اذ يحق لهذا الشخص الرجوع على الموظف مرتكب الخطأ بما دفعه عنه من تعويض للمضروور. الا ان بعضا من اصحاب هذا ترائي^(١٤٩)، يرى بأن التميز بين العضو والتابع في مجال مسؤولية الشخص المعنوي هو تميز لا أساس له ولا مبرر ، وانه يجب قصرها على الشؤون المتعلقة بإدارة ذلك شخص والتصرف بأسمه.

ويعزز الرأي القائل بالمسؤولية التبعية للإدارة بعض الاحكام القضائية، فقضت محكمة استئناف المصرية بمسؤولية شركة السكك الحديدية عن الحوادث التي تقع بخطأ من

(١٤٨) انظر بهذا الصدد - د. محمد فؤاد مهنا ، المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية، المصدر السابق ، ص ١٣٧ -

١٣٨. د. محمد الشافعي ابو راس ، القضاء الاداري عالم الكتب، مكتبة النصر بالقزايق، القاهرة ، بدون سنة طبع، ص ٣٢٥ ص ٣٢٦. د. عبدالمعمر فرج الصدة، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت، ١٩٧١، ص ٥٥٦. د. محمد الشيخ عمر ، المصدر السابق ، ص ٢٤٠.

(١٤٩) د. محمد الشيخ عمر، المصدر السابق ، ص ٢٤٠.

أحد عمالها^(١٥٠). ومسؤولية شركة الملاحة عن أخطاء عمالها في تفريغ البضائع المشحونة على سفنها^(١٥١)، وعامل البريد الذي يضيع رسالة فتكون مصلحة البريد مسؤولة عنه مسؤولية تبعية، كما وقضت محكمة النقض المصرية بأن الوقف يعتبر شخصاً اعتبارياً ويكون مسؤولاً عن أخطاء ممثليه (ناظر الوقف) مسؤولية غير مباشرة على أساس المادة ١٧٤ من القانون المدني^(١٥٢). ففي كل هذه الحالات طبقت المحاكم المصرية أحكام القانون المدني المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن أعمال التابع كلما ثبت لديها وقوع خطأ من تابع الشخص المعنوي العام في أثناء تأدية وظيفته وسواء أمكن تعيين التابع الذي وقع منه الخطأ أو تعذر^(١٥٣).

وذهبت محكمة النقض في حكم آخر لها إلى أن من الثابت أن الموظف قد ارتكب الخطأ الموجب لمسؤوليته حال تأدية عمله و اعتماداً على سلطة وظيفته مالم يقع تقصير من جانب الحكومة عند مقارنة الموظف لهذا الخطأ الذي أقيم عليه الحكم بالتعويض، فتكون مسؤولية الحكومة بهذا الوصف هي مسؤولية المتبوع عن تابعه فهي ليست مسؤولية ذاتية عن خطأ شخصي وقع منها وإنما تقوم مسؤوليتها على أساس الخطأ الحاصل من الغير وهو الموظف التابع لها وبذلك تكون المسؤولية تضامنية مع تابعها ومسؤولية إزاء المضرور عن أفعاله غير المشروعة وفقاً للمادة ١٧٤، وليست مسؤولية معه بصفتها المدنية^(١٥٤).

ويرى البعض الآخر من الفقهاء^(١٥٥) أن مسؤولية الأشخاص المعنوية (الإدارة) عن الأخطاء الصادرة عن العاملين فيها هي مسؤولية ذاتية تنسب إلى الشخص المعنوي مباشرة باعتباره شخصاً قانونياً يمكنه ممارسة حقوقه وتحمل التزاماته، ويبررون ذلك بما شهدته الأشخاص المعنوية من اتساع في الوقت الحاضر، وأصبحت الضرورة

(١٥٠) استئناف مختلط ٣ شباط ١٩٠٦ (١٨ ص ٨٢) - مشار إليه في د. سليمان مرقس، المصدر السابق ص ٤٠٢.

(١٥١) استئناف مختلط ١٥ حزيران ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٢٧) - مشار إليه في د. سليمان مرقس، ص ٤٠٢.

(١٥٢) نقض مدني ١١ آذار سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر (٥) رقم ٢٨٧ ص ٥٦٥ - مشار إليه في د. عبدالرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ٣٢٤.

(١٥٣) قد يكون الموظف المرتكب للخطأ غير معروف الهوية بين موظفي الإدارة أما لأن الخطأ شائع بين طائفة كبيرة، أو لعدم التعرف على من ارتكب الخطأ وأن كان من الثابت قطعاً أن هناك خطأ ارتكبه أحد موظفي الإدارة وأدى إلى حدوث الضرر فهذا أيضاً قرر القضاء مسؤولية الإدارة على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع لأن القانون لا يشترط التصرف على الفاعل فقد قضت محكمة الاسكندرية الابتدائية في ١٩٥٠/٤/٣ باعتبار الحكومة مسؤولة عن إصابة أحد الأفراد بطلقة قاتلة أطلقها أحد رجال الجيش الذين كانوا يتولون المحافظة على الأمن أثناء إضراب رجال البوليس، رغم عدم إمكان التعرف على شخصية مطلق الرصاص. (راجع عبدالمعتمد حسين، مدونة التشريع والقضاء في المواد المدنية والتجارية، الجزء الثاني، السنة الثالثة، العدد الأول، ص ٣).

(١٥٤) حكم محكمة النقض في ١٩٥٤/١٢/١٦، مجموعة ٦، ص ٢٧٠ - المرجع السابق، ص ٥.

(١٥٥) بهذا المعنى انظر د. محمود عثمان الحمشري، المصدر السابق، ص ٤٠٦ - وأيضاً د. محمد لييب شنب، المسؤولية عن الأشياء... المصدر السابق، ص ٨٢.

تَحْصِي الحد من هذا النشاط او وقفه اذا ما بات يشكل خطرا على امن الجماعة ونظمها لسادة، وانه لا مناص والحالة هذه من تقرير المسؤولية هذه الاشخاص مسؤولية مباشرة بغض النظر عن القائم بادارة هذا الشخص .

وعلى هذا فان مسؤولية اشخاص القانون العام ستنهض على غرار مسؤولية الافراد ولجماعات الخاصة، فالمحاكم المدنية تعتبر هي صاحبة الاختصاص بنظر دعاوي لمسؤولية التي تقام على الادارة عن الاضرار الناجمة عن عمل مادي صادر عنها و تطبق بشأنها قواعد المسؤولية المدنية الخاصة بالمسؤولية عن الفعل الشخصي^(١٥٦).

وتطبيقا لذلك جاء في قرار لمحكمة النقض انه لا فرق بين الافراد والمصالح العامة في وجوب احترام القوانين وعدم تعدي حدودها . فاذا تعدت مصلحة من مصالح الحكومة حدود القانون والامور العالية كانت مسؤولة عن تعويض الضرر الذي نتج من عتائها^(١٥٧) كما قررت مسؤولية الادارة الشخصية عن الخلل الذي احدثه في منزل لمدعي تسرب المياه اليه نتيجة كسر انبوتها وذلك لتقصيرها في مراقبة الابواب و ملاحظتها و تعهدتها في باطن الارض و الكشف عليها من وقت لآخر للتأكد من سلامتها ونوام صلاحيتها^(١٥٨). وقضت ايضا بمسؤولية مصلحة الآثار عن خطئها في سحب رخصة متجر بالآثار بدون وجه حق^(١٥٩).

كما جاء في قرار آخر صدر في محكمة استئناف والذي اعتبر جهة الادارة مسؤولة مسؤولية شخصية عن الخطأ الذي يقع منها و اهمالها في الاشراف على السلوك لشخصي لأحد عمالها المصاب باضطراب عقلي ادى الى قتل زميله بانه يعتبر خطئا شخصيا من الادارة يستوجب مسؤوليتها^(١٦٠).

فالواضح ان القضاء المصري لايهتم بوضع اسس نظرية لاحكامه في هذا الشأن وانه يلجأ الى تطبيق قواعد المسؤولية الشخصية لمسائلة الاشخاص المعنوية في لحالات التي يصعب او يستحيل فيها اسناد الخطأ الى تابع معين ، فيتساوي لديه بالتالي من الناحية العملية مسائلة هذا الشخص على أساس المسؤولية التبعية او على أساس لمسؤولية الشخصية^(١٦١)، و يذكر المستشار حسين عامر ان مسؤولية الحكومة عما يترتب من ضرر بسبب الاختلال في تنظيم المرفق العام هو خطأ يقتصر على الحكومة فتمال عنه وحدها، وعلى المضرور ان يثبت ان ما اصابه من الضرر يرجع الى سوء

^(١٥٦) انظر د احمد سلامة، المصدر السابق، ص ١٩٤-د. ابراهيم عبدالعزيز شبحا، المصدر السابق، ص ١١٢.

^(١٥٧) استئناف مصر ٤ شباط ١٩٢٤ اخامات ٤ - ٨٢٩-٦٢٧ نقض مدني - مشار اليه في مؤلف د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ٤١١.

^(١٥٨) نقض مدني ١٧ نيسان ١٩٤٧، الطعن رقم ٥ سنة ١٦- نقلا عن د. سليمان مرقس، ص ٤١١.

^(١٥٩) نقض مدني ٩ نيسان ١٩٣٦ اخامة ١٧-٧٤-مشار اليه في مؤلف د. محمد فزاد منها، المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية، المصدر السابق، ص ١٣٨.

^(١٦٠) استئناف القاهرة ١٦/٥/١٩٦٧، اخامة ٤٨ ص ١٢٨- عبد المنعم حسني، المرجع السابق، ص ١٧.

^(١٦١) د. محمود لبيب شب، المسؤولية عن الاشياء، المصدر السابق نص ٨٤.

التنظيم في المرفق ذاته او في الادارة الحكومية ،وتنهض مسؤولية الحكومة وحدها على الاخص اذا تعذر تعيين المتسبب في الضرر من بين الموظفين وهذا ما انتهت اليه محكمة النقض^(١٦١).

ومن ذلك حكم المحكمة الادارية العليا في انه اذا تراخت الادارة في تسليم الموظف عمله من التاريخ الذي وضع نفسه فيه تحت تصرفها ،دون ان يقوم سبب من الاسباب الموجبة قانونا للحيلولة بينه وبين اداء عمله ،فانها تكون قد تسببت في حرمان الموظف من راتبه عن هذه المدة دون سند من القانون،ويحق للموظف اقتضاء التعويض عما اصابه من اضرار نتيجة خطأ الادارة^(١٦٢).

ومن الملاحظ على هذه الاحكام انها تقر ولو من الناحية التطبيقية امكانية الشخص المعنوي العام والخاص^(١٦٣)، على ارتكاب الخطا ومن ثم قيام المسؤولية الذاتية والمباشرة عنه،وهذا يتفق مع الرأي القائل بامكانية ارتكاب الادارة للخطأ و ثبوت مسؤوليتها الذاتية عنه.

كما قررت محكمة النقض ايضا في حكم لها انه اذا كان لجهة الادارة حرية ادارة المرافق العامة ومن بينها مرفق الامن، وحق تنظيمها والاشراف عليها، الا ان ذلك لا يمنع القضاء كما جرى عليه قضاء محكمة النقض من حق التدخل لتقرير مسؤولية الادارة عن الضرر الذي يصيب الغير متى كان ذلك راجعا الى اهمالها او تقصيرها في تنظيم شؤون المرافق العامة او الاشراف عليها والمحكمة وهي بسبيل تحقيق الخطأ المنسوب الى جهة الادارة غير ملزمة ببيان وسيلة تلافيه اذ ان ذلك من شأن جهة الادارة وحدها عملا بمبدأ الفصل بين السلطات^(١٦٤).

ويرى البعض الاخر من الفقهاء ان لمسؤولية الادارة طبيعة ثنائية،تعتمد فيها على صفة الشخص الذي يصدر عنه العمل الضار وعلى ما اذا كان الضرر ناتجا عن عمل

(١٦٢) راجع المستشار حسين عامر و عبدالرحيم عامر،المصدر السابق، ص ٦٦٠ .

(١٦٣) حكم محكمة الادارية العليا في ١٩٦٩/٣/٨، المحاماة ص ١٣١، عبدالمنعم حنين، ص ٢١ .

(١٦٤) استخدم التشريع المصري مصطلح (الشخص الاعتباري) بدلا من (الشخص المعنوي)،وقد عرفه بانه "مجموعة من الافراد او الاموال يعترف القانون لها بالشخصية القانونية"، وحددت المادة ٥٢ من القانون المدني المصري الاشخاص الاعتبارية بـ ١- الدولة وكذلك المديرية (المحافظات) والمدن والقرى والشروط التي يحددها القسانون، الادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية قانونية ٢- الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية ٣- الاوقاف ٤- الشركات التجارية والمدنية ٥- الجمعيات والمؤسسات ٦- كل مجموعة من اشخاص او اموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية. ومن هذه المادة يتضح ان التشريع المصري انحاز الى اعتبار الشخص المعنوي حقيقة واقعية وليس فرضا وهما. وبمطابق هذه المادة في القانون الليبي المادة ٥٢ ايضا من القانون المدني. كما وتقابل المادة ٥٤ من القانون المدني السوري مع بعض الاختلافات اللفظية. وفي القانون العراقي المادة ٧٤ مع بعض التعديلات الجزئية. راجع في ذلك د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ٣٩٤- د. احمد سلامة \ المصدر السابق، ص ١٩٤- د. ابراهيم عبدالعزيز، المصدر السابق، ص ١١٤- د. محمود حلمي، المصدر السابق، ص ١٠٤ .

(١٦٥) حكم محكمة النقض في ١٩٦٥/٥/٢١، المجموعة ١٦، ص ٦١٤- عبدالمنعم حسني، المرجع السابق، ص ٢٣ .

مادي او قرار اداري . فذهب د. سليمان مرقس^(١٦٦) الى ان الاصل في القانون المصري ان الاشخاص المعنوية العامة والخاصة يمكن مساءلتها مدنيا وان تطبق بشأن مسؤوليتها احكام القانون المدني . فتطبق عليها اولا احكام مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه كما تطبق على كل الاشخاص الطبيعية في كل حالة تتوافر فيها علاقة تبعية وخطأ التابع. اما اذا وقع الخطأ من شخص طبيعي يعمل باسم الشخص المعنوي و لحسابه دون ان يعتبر تابعا له (كرئيس مجلس الادارة او مديرها) او اذا تعذرت نسبة الخطأ الى شخص معين لشيوعه، فلا مناص والحالة هذه من اسناد الخطأ الى الشخص المعنوي نفسه و مساءلته بصورة مباشرة وفقا لاحكام مسؤولية المرء عن فعله الشخصي .

فيبدو ان هذا الفقيه يفرق في مجال مسؤولية الشخص المعنوي بين التابع والعضو في الشخص المعنوي وبهذا فهو يؤيد ما افرد الاستاذ Michoud في نظريته السابق ذكرها . و يفرق الاستاذ السنهاوري^(١٦٧) في مجال مسؤولية الاشخاص المعنوية بين فرضين، فهو يعتبر مسؤولية الشخص المعنوي عن الأخطاء الصادرة عن ممثليه مسؤولية عن فعل الغير ، وقد اورد في ذلك امثلة منها سائق قطار يدهس احد المارة باهماله فتكون مصلحة السكك الحديدية مسؤولة عن اهمال السائق ، ومدير شركة يفصل عاملا في وقت غير لائق فتكون الشركة مسؤولة عن هذا الفصل ، وساعي البريد يضيع رسالة عهد اليه تسليمها الى صاحبها فتكون مصلحة البريد مسؤولة عن الساعي .

في حين انه اعتبر مسؤولية الشخص المعنوي عن الأخطاء الصادرة عن هيئاتها، (كمجلس ادارة الشركة او جمعيتها العامة) مسؤولية ذاتية ومباشرة ، اذ ينسب الخطأ في هذه الحالة الى الشخص المعنوي بصورة مباشرة ، واورد ايضا في ذلك امثلة منها كما لو قضيت شركة لمنافسة تجارية غير مشروعة او لتقليد مزور ، ففي كل هذه الحالات فان مسؤولية الشخص المعنوي هي ذاتية ومباشرة ، فلا بد حينئذ من الاقتصار على ركن التعدي وحده في الخطأ دون ركن التمييز^(١٦٨) .

ويقتررب من هذه الوجهة ، ما اعتنقه د. الصراف من رأي^(١٦٩) ، اذ ذهب فيه الى ان الشخص المعنوي يمتلك ارادة خاصة به وفقا للتصوير الحديث للشخص المعنوي ، فمسؤوليته تكون ذاتية ومباشرة عن الاعمال الضارة لأعضائه وممثليه ، في حين تكون مسؤوليته تبعية وغير مباشرة عما يصدر من الاعمال غير المشروعة عن الاشخاص غير الاعضاء فيه من التابعين والعمال .

(١٦٦) د. سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص ٤٢٢ .

(١٦٧) د. عبدالرزاق احمد سنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٨٠٧ - ٨٠٨ .

(١٦٨) لفرض معرفة ارتكاب الشخص المعنوي للخطأ ولتحديد ، يستعان بمقيار مادي غير شخصي وهو ان يقاس تصرفه بتصرف شخص معنوي مجرد تحطه نفس الظروف الخارجية التي احاطت به . فان تبين انحراف سلوك الشخص الاول عن سلوك الشخص الثاني بصورة ملحوظة ، عد ذلك خطأ يستوجب قيام مسؤوليته عنه . انظر حسن كسرة . المصدر السابق ، ص ٦٢٦ .

(١٦٩) د. عباس حسن صراف ، المصدر السابق ، ص ٢٣٨ .

اما د. الطماوي^(١٧٠) فقد اعتبر ان مسؤولية الادارة عن الاعمال الغير المشروعة لموظفيها هي مسؤولية عن فعل الغير تخضع لاحكام المادة ١٧٤ من القانون المدني، لان الادارة او الحكومة كشخص معنوي عام لا تنصرف الا عن طريق موظفيها، لأنهم وسيلتها في التعبير والتنفيذ وبالتالي تتحقق مسؤوليتها عن اعمال هؤلاء. الا انه من جانب آخر يؤكد ان هناك حالات أخرى أقل تطبيقاً في العمل لا نستطيع فيها ان ننسب الفعل الضار الى موظف او موظفين معينين، وانما يكون الفعل الضار في حقيقته صادراً من الادارة او المرفق العام في مجموعه، فتكون المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية مباشرة وعن فعل شخصي تخضع للمادة ١٦٣ من القانون المدني .

والملاحظ هنا انه برأيه هذا ينضم الى انصار نظرية العضو في الفقه الفرنسي من حيث النتيجة التي تجعل مساءلة الشخص المعنوي عن خطأ العاملين فيه مسؤولية ذاتية ومباشرة امراً ممكناً .

ويعزز د. الطماوي رأيه بما قرره محكمة مصر الكلية الوطنية في احكامها بمسؤولية الادارة عن وفاة شخص على أساس اهمال الادارة في العناية بالاسلاك الكهربائية بمدها في الهواء وهي معرضة للشمس والمطر، وكان الواجب عليها ان تمد هذه الاسلاك داخل مواسير لحفظها من العوامل الجوية وخطر سقوطها .

وفي حكم آخر قررت محكمة النقض نقض ما قرره محكمة الموضوع بعد نفيها عن وزارة المواصلات المسؤولية التبعية وفقاً للمادة (٥٢ مدني قديم - ١٦٣ مدني الجديد) وتطبيقها احكام المسؤولية الشخصية للدولة عن الخلل في تنظيم المرافق الحكومية ، تلك المسؤولية التي لا يعرفها القانون المدني المصري^(١٧١).

ويلحق د. الطماوي على هذا الحكم مؤكدا ان منطوقه يهدف الى استبعاد مسؤولية الادارة في كل حالة لا يمكن فيها نسبة الخطأ الى موظف معين، كما دعى الى ذلك انصار استبعاد تطبيق القواعد المدنية على قضايا مسؤولية الادارة. وقد انتهى الى القول بان هذا التفسير لاصحة له، لان مسؤولية الادارة عن اعمال موظفيها هي مسؤولية تبعية، اما في مثل هذه الحالة فمسؤوليتها ذاتية ومباشرة مرجعها الى خطأ ثابت في جانبها، فيكون رفض محكمة النقض المسؤولية المباشرة للادارة لا يستند الى أساس من القانون^(١٧٢).

يتضح مما سبق ان د. الطماوي يقصر المسؤولية الذاتية للادارة على حالة عدم امكان معرفة الموظف الذي صدر عنه الفعل الضار دون غيرها من الحالات، و تقابلها في الفقه الاداري الفرنسي حالة (خطأ المرفق العام)، وفيها ما تؤيد الفكرة القائلة بإمكان نهوض المسؤولية الذاتية للادارة عن خطئها الثابت .

(١٧٠) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الاحكام، دار الفكر العربي ١٩٧٧، ص ٢٦١، ٢٦٢.

(١٧١) حكم محكمة النقض والابرار في حزيران ١٩٣٨ - مشار اليه في مؤلف د. سليمان الطماوي، ص ٣١٦.

(١٧٢) المصدر السابق، ص ٣١٩.

ومن جهة أخرى غيرت محكمة النقض المصرية في احكام لها مسلكها السابق فسي احكام أخرى لها، وافرت المسؤولية الذاتية للإدارة عن الخطأ الذي يكون مرجعه الخلل في تنظيم المرفق العام او الإهمال في الإشراف عليه، ومنها حكمها بمسؤولية الإدارة عن مرض وبائي في الأشجار المغروسة على جوانب الطرق العامة^(١٧٣)، وايضا حكمها باعتبار الحكومة مسؤولة عن الأضرار التي اصابته ارضا ومباني لآحد الافراد بسبب قيامها بأشياء ترعة دون مراعاة الاعتبارات الفنية وما ترتب عليه من حدوث رشح من السرعة اضر بالأراضي والمباني المجاورة^(١٧٤).

يتضح لنا من كل ما تقدم ان المسؤولية الذاتية او المباشرة للإدارة قد أصبحت مستقرة في مصر على صعيد الفقه والقضاء مع انها كانت مستبعدة في بادئ الامر ، اذ ان تطور المجتمع واتساع نشاطات الإدارة في العصر الحديث استلزم حصول تطور مواز في مجال مسؤولية الإدارة ، وقد سبق القول بان الإدارة باعتبارها شخصا معنويا يمكن ان ينسب اليها الخطأ وخصوصا بعد ان اعترف لها القانون بالشخصية القانونية وبارادة خاصة مفترضة مما تمكنها من ارتكاب الخطأ من الوجهة القانونية وان صدر عن الموظف من الوجهة المادية. ومما يؤيد هذا القول ما جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية من ان الشخص الاعتباري كما يملك وجودا افتراضه القانون يملك ارادة مفترضة هي ارادة الشخص الطبيعي الذي يمثله. فالخطأ الذي يقع من مثله بصفته هذه يعتبر بالنسبة الى الغير الذي اصابه الضرر خطأ الشخص الاعتباري، فالحكم الذي يرتب مسؤولية جهة الوقف باعتبارها شخصا معنويا عن خطأ وقع من الناظر- عملا بالمادة ١٦٣ من القانون المدني لا يكون مخطئا^(١٧٥). وعلى ذلك فان المحاكم المصرية لم تتردد في مساءلة الشخص المعنوي مسؤولية مدنية واغلب احكامها قضت باعتبار هذه المسؤولية هي مسؤولية شخصية ومبنية على أساس الخطأ الثابت من دون ان تتعرض لخصوصية الشخص المعنوي من الناحية النظرية ومن حيث امكان تصور وقوع الخطأ من عدمه^(١٧٦).



(١٧٣) حكم محكمة النقض في ٤ كانون الاول ١٩٤١- مشار اليه في مؤلفه. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري.... المصدر السابق، ص ٣٢٢.

(١٧٤) حكم محكمة النقض في ٤ تشرين الاول ١٩٤٣ ، -نقلا عن د. سليمان الطماوي ، ص ٣٢٢ .

(١٧٥) حكم محكمة النقض المصرية في ١٧ مارس ١٩٤٨ -نقلا عن د. سليمان مرقس ، المصدر السابق، ص ٣٩٥ .

(١٧٦) راجع يوسف نجم جبران ، المصدر السابق، ص ٤٩ ص ٥٠- وايضا د. سليمان مرقس ، ص ٤٠٣ ص ٤٠٤ .

-المطلب الثاني-

طبيعة مسؤولية الإدارة في العراق:-

اولا -في قانون الضمانات الملغى.

لتحديد طبيعة مسؤولية الإدارة في ظل هذا القانون نجد ان المادة الخامسة منه والتي استمدت منها المادة ٢١٩ الحالية -وقد نصت على ان^(١٧٧) " كل شخص استخدم في ادارته اشخاصا للقيام بخدمة عامة او اعمال اية مهمة عمرانية او تجارية او صناعية يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه المستخدمون اثناء قيامهم بخدماتهم غير انه اذا ثبت قيامه بما تقتضيه المصلحة من عناية لمنع وقوع الاضرار او انه لم يكن باستطاعته منع وقوع الضرر في حالة قيامه بالعناية اللازمة لذلك فلا تترتب عليه مسؤولية. وللمستخدم حق الرجوع على الشخص الذي احدث الضرر بما سلمه من الضمان".

وعند ملاحظة نص هذه المادة نجد انها استخدمت لفظ (الشخص) وهو يشمل بما لايقبل الشك الاشخاص الطبيعية والاشخاص المعنوية على حد سواء. و الإدارة شخص معنوي عام والذين يعهد اليهم القيام بخدمة عامة هم الموظفون المستخدمون الذين تم تعيينهم في الادارات العامة بقرارات ادارية، فتكون الإدارة مسؤولة عن اعمال هؤلاء العاملين وهم من الغير بالنسبة لها عند توافر شروطها وفقا لما قرره المادة الخامسة المار ذكرها^(١٧٨).

فمسؤولية الإدارة بحسب ما قرره هذه المادة تكون ذات طبيعة غير مباشرة شأنها شأن مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع أي المسؤولية عن فعل الغير،ومما اكد ذلك، ما جاء في الاسباب الموجبة لقانون الضمانات من انه "بالنظر للحاجة الماسة للاخذ بمسؤولية الشخص عن اعمال غيره الموضوع تحت تصرف ادارته ورقابته، نظمت المادة الخامسة من هذه اللائحة لتأمين هذا الغرض، وقد لوحظ حصر هذه المسؤولية

^(١٧٧) عبد الجبار التكري، مسؤولية الحكومة وموظفيها، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الخامس، السنة الثانية أيلول،

١٩٤٣، ص٥١٤ ص٥٢٦ بالاشارة الى ص٥٢٢.

^(١٧٨) يرى د.ابراهيم الفياض، ان مسؤولية الإدارة لم تقرر اصلا في ظل قانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٤٣ الذي نقل عنه نص المادة ٢١٩ مدني، واعتبر الموظف مسؤولا شخصا عن الاضرار التي تسبب في وقوعها للغير مهما كانت اوصاف الخطأ واسبابه (انظر د. الفياض، المصدر السابق، ص١٣).

مع تقديرنا لرأي د. الفياض الا اننا نتفق مع ما ذهب اليه، لان القانون رقم (٥٣) والصحيح رقم (٥٤) لسنة ١٩٤٣ قد قرر مسؤولية الإدارة باعتبارها متبوعا، اذ ان عبارة (كل شخص استخدم في ادارته اشخاصا للقيام بخدمة عامة) الواردة في المادة الخامسة جاءت بصورة مطلقة دون ان تميز بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي فتصرف الى الإدارة من باب اولى لانها الشخص المعنوي الذي يختص بأداء خدمة عامة، وبالتالي تقوم مسؤوليتها النابعة عن اخطاء موظفيها المتعلقة بأداء خدماته، لذا فالإدارة هنا تكون مسؤولة بخلاف الرأي الذي نحن بصدده .

باصحاب العمل الذين يستخدمون عمالا للقيام بخدمة عامة أو أي عمل يتطلب اشتغال عدة اشخاص لانجاز ما يتعلق بالامور العمرانية والتجارية والصناعية ، اما الاشخاص الذين يستعينون بخدام او عمال لقضاء حاجاتهم العادية دون ان يرموا الى فكرة الاستغلال وتحصيل الارباح عن طريق تشغيلهم تشغيلاً مستمراً يرومون من ورائه مغام فلا تشملهم هذه المادة ولا يعتبرون مسؤولين بموجبها عن الاضرار الحاصلة من الافراد الذين يستخدمون على هذا الوجه اذ ان حاجتنا الحقيقية. الراهنة لا تستلزم تحمل مثل هذه المسؤولية " (١٧٩).

والظاهر ان قانون الضمانات كان قد وسع من نطاق الاشخاص المسؤولين عن الغير، إذ جعل كلا من الاشخاص الطبيعية والمعنوية (العامة والخاصة) مسؤولين عن اعمال موظفيهم وتابعيهم ولم يستثن من ذلك الا الاشخاص الذين يستعينون بالغير لقضاء حاجاتهم العادية دون ان تتحقق في ذلك فكرة الاستغلال وتحصيل الارباح (١٨٠).

ثانياً - في القانون المدني النافذ -

ان مبدأ مسؤولية الشخص المعنوي (١٨١) لم يثر بشأنه أي خلاف في الفقه العراقي لان المشرع قد نص عليه صراحة في المادة ٢١٩ من القانون المدني الجديد بان " الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بالخدمة العامة وكل شخص يستقل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم اذا كان الضرر ناشئاً عن تعدد وقع منهم اثناء قامه بخدماتهم (١٨٢) " ومن هنا فقد اختلف هذا القانون عن قانون الضمانات الملغى في انه اورد عبارة (كل شخص للتعبير عن الاشخاص المسؤولين عن الغير دون ان يغرق بتعدادهم. كما وانه اختلف عن القانون الفرنسي والمصري اذ انهما اكتفيا بالنص على مسؤولية المتبوع بصورة عامة دون ان يشير الى الادارة والاشخاص العامة الاخرى على اعتبار ان مسؤولية هؤلاء تدخل ضمن المسؤولية العامة للمتبوع. ولما كانت هذه المادة قد وردت في الباب

(١٧٩) الاسباب الموجبة لقانون ذيل قانون اصول المحاكمات الحقوية، مجلة القضاء، العدد الرابع، تموز ١٩٤٣، السنة الثالثة ص

(١٨٠) ص (٣٩١-٤٠٥) بالاشارة الى ص ٣٩٥ - وانظر ايضا ضياء شيت خطاب، المرجع السابق، ص ٥٠٦، ص ٥٠٧.
راجع عبد الجبار تكري، مقاله السابق، ص ٥٢٣ - وكذلك عبدالرحمن خضر، الادعاء الشخصي وتطوره بعد صدور قانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٤٣، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني السنة الرابعة، ١٩٤٥، ص ١٢٦، ص ١٥٩، بالاشارة الى ص ١٤٤.

(١٨١) ان اول تشريع عراقي اعترف بالشخصية المعنوية هو قانون الجمعيات المشرع سنة ١٩٢٢ ومن بعده قانون الاشخاص الحكيمة المشرع سنة ١٩٢٩ وقانون بعض الطوائف العراقية غير المسلمة كقانون طائفة الارثودوكس المشرع سنة ١٩٣١ وهو ما يزال نافذاً وقانون ادارة الاوقاف المشرع سنة ١٩٢٩، اما القانون المدني العراقي فانه اقر فكرة الشخص المعنوي ولكنه لم يبين من هو الشخص المعنوي العام او الخاص وأما اكثري بتعداد هذه الاشخاص وبيان خصائصها والنتائج المترتبة عن التمتع بالشخصية المعنوية - انظر د. سعد العلوش، مبادئ في القانون العام، مطبعة الارشاد، بغداد ١٩٧٢، ص ١٤٩-٥. منير الوترى، المصدر السابق، ص ١٠٩. د. شاب توما منصور، القانون الاداري، الكتاب الاول، طبعة الاولى، دار العراق للطبع والنشر، ١٩٨٠، ص ٧٤.

(١٨٢) على محمد ابراهيم الكرياسي، موسوعة التشريعات العقارية - القانون المدني، بغداد، ١٩٨٤، ص ٦٥.

المخصص للمسؤولية عن فعل الغير، فيكون المشرع بذلك قد قطع كل خلاف حول طبيعة مسؤولية الإدارة في العراق إذ اعتبرها مسؤولية تبعية غير مباشرة تحكمها قواعد المدنية الخاصة بمسؤولية المتبوع عن أعمال التابع التي تطبقها المحاكم العادية عندنا على تلك القضايا، أما محكمة القضاء الإداري في مجلس شوري الدولة فانها تطبق قواعد المسؤولية الإدارية بحسب الأصل فيما يتعلق بالاضرار الناتجة عن القرارات الإدارية غير المشروعة الداخلة في اختصاصها، وعند عدم إمكان تطبيق ذلك فتلجأ الى قواعد المسؤولية الواردة في القانون المدني^(١٨٣). ولكن رغم ذلك فقد ثار تساؤل في الفقه العراقي حول طبيعة مسؤولية الإدارة وفقا للمادة ٢١٩ السابق ذكرها وما اذا كانت المسؤولية عندما يكون مرتكب الخطأ موظفا ذا درجة وظيفية عالية نفسها عندما يكون مرتكب الخطأ مجرد موظف عادي او عامل تنفيذ وأساس هذا التساؤل نتج عن لفظ (المستخدم)^(١٨٤) الذي استعان به المشرع في المادة ٢١٩ مدني، إذ اختلف الفقه حول مدلوله بين مضيق له حسبما ورد في نظام التعيين والترقية للمستخدمين المعدل رقم - ٢٢ لسنة ١٩٥٨ - وبين موسع له ليشمل كل فئة من فئات العاملين في دوائر الحكومة .

فذهب د. حسن الذنون^(١٨٥) الى ان مسؤولية الإدارة عن الأعمال الضارة التي يرتكبها مستخدموها وعمالها هي من قبيل مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع وتخضع للمادة ٢١٩، أما مسؤوليتها عن الأخطاء الصادرة عن ممثليها وأعضائها غير المستخدمين فهي مسؤولية ذاتية ومباشرة لان الخطأ ينسب الى الشخص المعنوي مباشرة وتخضع بالتالي للمادة ٢٠٤ المتعلقة بالمسؤولية عن الأعمال الشخصية.

والواضح ان الدكتور الذنون قصر لفظ (مستخدم) على العمال وعلى فئة محددة من الموظفين ضمن الحدود الدنيا للتدرج الوظيفي ومن ثم اعتبر مسؤولية الإدارة عنهم مسؤولية تبعية وغير مباشرة أي انه أخذ بالمعنى الضيق لمدلول المستخدم. في حين اعتبر المسؤولية عن أعمال الموظفين غير المستخدمين أي الموظفين من ذوي الدرجات الوظيفية العالية من قبيل المسؤولية الذاتية والمباشرة غير انه وفي موضع آخر قلل من أهمية تلك التفرقة التي أثارها عندما قال "ان مسؤولية الحكومة عن أخطاء موظفيها في العراق وفقا للمادة ٢١٩ من القانون المدني لا تفرق بين هؤلاء الموظفين مهما علت درجاتهم وسمت مراكزهم، ويستوي في ذلك ان يكون الموظفون مدنيين او عسكريين....".

(١٨٣) على محمد ابراهيم الكرياسي، الموسوعة العدلية العدد الخامس، مكتبة شركة التأمين الوطنية، ١٩٩٢، ص ٢.

(١٨٤) جاء في قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل ان المقصود بغير المستخدم "كل شخص تستخدمه الحكومة في خدمة داخلية في الملاك الدائم الخاص بالمستخدمين". اما الموظف فهو "كل شخص عهدت اليه وظيفة دائمة داخلية في ملاك الدولة الخاص بالموظفين". اما الملاك فهو "مجموع الوظائف والدرجات المعنية لها المصادق عليها بموجب قانون الميزانية او من قبل الوزير المالية". راجع على محمد ابراهيم الكرياسي، شرح قانون الخدمة المدنية، بغداد، ١٩٨٤، ص ١٠ - وايضا انظر محمد رفاعي الجوجو، النظام القانوني للتفويض الإداري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة لجامعة بغداد، ١٩٨٤، ص ٣٧، ص ٣٨.

(١٨٥) د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٤٨، ص ٣٤٤، بند ٢٨٩.

يتضح من هذا ان دكتور الذنون حاول ان ينتهج مسلك نظرية العضو في الفقه الفرنسي بشأن التفرقة بين العضو و التابع لدى الشخص المعنوي في مجال مسؤولية الادارة في العراق لكنه قد غير رأيه حينما قال بعدم اهمية هذه التفرقة.

و يرى د. عبدالمجيد الحكيم ويؤيده في ذلك (فريد فتیان) ان وجود علاقة تبعية بين الادارة والعاملين فيها أساس مسؤوليتها عن اعمال هؤلاء بقوله "الدولة تسأل عن الاضرار التي يحدثها الاشخاص الذين يعملون لمصلحتها سواء كانوا موظفين او مستخدمين على الملاك الدائم او مستخدمين على الملاك المؤقت وسواء كانوا مدنيين او عسكريين مادامت هناك علاقة تبعية بين الشخص و الحكومة". ثم انه يقول في مكان اخر بعدم مسؤولية الدولة عن اعمال القضاة لانعدام العلاقة التبعية بينهم، فلا يكون امام المضرور الا اتباع طريق الشكوى من الاحكام المنصوص عليها في المادة ٢٨٦ من قانون مرافعات المدنية النافذ. وبذلك يكون هذا الجانب من الفقه قد اخذ بالمعنى الواسع لمدلول المستخدم، و انه اعتبر مسؤولية الادارة ذات طبيعة غير مباشرة وعن فعل العاملين فيها من الموظفين او المستخدمين في جميع الحالات^(١٨٦).

الا اننا نعتقد ان التمييز بين العضو و التابع او بين الموظف و المستخدم في مجال مسؤولية الادارة عن اعمالهم امر لا يصح اعماله في القانون العراقي، لان الاشخاص العاملين لدى الادارة وبغض النظر عن مراكزهم الوظيفية يكونون على مستوى واحد من التمثيل بالنسبة لها. ومما اكد ذلك صدور قرار مجلس قيادة الثورة بخصوص تحويل كافة العمال في دوائر الدولة الى موظفين^(١٨٧) فاصبح بذلك كل العاملين في الاشخاص المعنوية العامة موظفون عموميون في الدولة، وتوجد في العراق قوانين وانظمة خاصة بالموظفين كقانون الخدمة المدنية وقانون انضباط موظفي الدولة، وقوانين اخرى فرعية كقانون الخدمة الجامعية وقانون الخدمة في بلديات وقواعد الخدمة في المؤسسات العامة^(١٨٨) كما وان قصر المسؤولية الادارية الواردة في المادة ٢١٩ مدني على فئة المستخدمين فقط يعني اهدار الحكمة التي من اجلها شرعت هذه المادة نظرا لقلّة المستخدمين نسبة الى مجموع العاملين في ادارات الدولة^(١٨٩) ويرى د. حسن الخطيب^(١٩٠) ان نص المادة ٢١٩ مدني بعيدة كل البعد عن ان تحدد بشكل صريح وقاطع فكرة المسؤولية عن الغير، وسبب ذلك في نظره يكمن في تأثر المشرع العراقي بالشريعة الاسلامية التي بدورها لم تقر فكرة المسؤولية عن فعل الغير، من جهة

(١٨٦) انظر د. عبدالمجيد الحكيم، شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، الجزء الاول ط ٥، مطبعة السليم، بغداد، ١٩٧٧، ص ٥٧٨. بند ٩٤٣-٩٤٤-فريد فتیان، بحثه الموسوم المسؤولية عن الغير، مجلة القضاء، العدد الرابع، حزيران، ١٩٥٢، ص ٣٥، ٦٦، بالاشارة الى ص ٣٨.

(١٨٧) قرار مجلس قيادة الثورة الرقم ٦٥٢ في ١٩٨١/٥/١٨ الذي سارى المركز القانوني للعامل مع الموظف - مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الثانية والاربعون، ١٩٨٧، ص ١٢.

(١٨٨) د. شاب توما منصور، المصدر السابق، ص ٧٥.

(١٨٩) عادل احمد الطائي، المصدر السابق، ص ١٣٥.

(١٩٠) د. حسن الخطيب، المصدر السابق، ص ٢١٣، ٢١٤.

ومحاولته اقتباس ما أورده المشرع الفرنسي في المادة ١٣٨٤ من التقنين المدني من جهة أخرى. وفي ختام رأيه تمنى د. الخطيب لو تأثر المشرع العراقي كليا بالمادة ١٣٨٤ وما أقره الفقه والقضاء في فرنسا.

والمشرع العراقي عرف نوعين من المتبوعين في المادة ٢١٩ مدني، أولهما الحكومة والبلديات والمؤسسات التي تقوم بإداء خدمة عامة وكذلك المرافق التجارية والصناعية إذ يعتبر هذه المرافق من المرافق العامة في الدولة لأنها وإن كانت تعمل لتحقيق ربح مادي إلا أن هدفها الأساس هو تحقيق منفعة عامة، فالربح يكون من النتائج المترتبة على صفتها التجارية والصناعية فلا يقصد تحقيقه ابتداءً، والثاني هم الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة التي تستغل مشاريع صناعية أو تجارية، ففي هذه الحالات لا يشترط انطباق وصف المؤسسة على تلك المشاريع^(١٩١).

من هنا يمكننا القول إن مشرع قانون الضمانات، وفيما يتطرق بالمادة الخامسة منه المقابلة للمادة ٢١٩ مدني الحالي- كان أكثر واقعية وتوفيقاً من مشرع القانون المدني النافذ، حيث أنه استعان بلفظ واحد للتعبير عن كل ما قصده من الأشخاص المتبوعين في حين أن مشرع القانون المدني أجهد نفسه في تعداد الأشخاص المسؤولين وما لاقاه من صعوبات في تحديدهم فضلاً عن استخدامه الفاظاً غير مستقرة في فقه القانون الإداري كلفظ (المؤسسة)^(١٩٢) وكل ذلك يعد نقصاً في المادة ٢١٩ مدني، ينبغي تلافيه في تشريعنا مستقبلاً.

وعلى أي حال فإن المؤسسات في الفقه الإداري هي أشخاص معنوية عامة خاضعة لأحكام القانون العام.

ونتيجة للانتقادات التي وجهت إلى المادة ٢١٩ وما اكتنفها من نقص، وبتأثير ما جاء به قانون إصلاح النظام القانوني في الفقرة الخاصة بالمسؤولية عن فعل الغير^(١٩٣) وللحاجة إلى صياغة جديدة للمادة ٢١٩ مع الأخذ بنظر الاعتبار الأفكار الفقهية المطروحة في هذا المجال تفادياً للعيوب التي اكتنفها ومسيرة للأوضاع الجديدة، فقد تغير مسلك المشرع العراقي عند صياغته مشروع القانون المدني الجديد لسنة ١٩٨٤، إذ نصت المادة ٤١٨- المقابلة للمادة ٢١٩ النافذ -على أنه " يضمن المتبوع الأضرار التي يحدثها تابعه من كانت له سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه، ما دام الضرر قد وقع بسبب تأدية العمل أو الوظيفة أو اثباتها، وليس للمتبوع الرجوع على التابع بما

(١٩١) حبيب الهرمزي، الرقابة على المؤسسات العامة في التشريع العراقي، مطبعة الأوقاف، بغداد، ١٩٧٧، ص ٢٧.

(١٩٢) مما يجدر ذكره أنه على الرغم من الخلاف القائم بين فقهاء القانون الإداري بخصوص المفهوم القانوني للمؤسسة، إلا أنه يمكن القول بأنها تتكون بوفر الشروط الآتية :-

١- وجود مرفق عام ٢- الاعتراف لهذا المرفق بالشخصية المعنوية ٣- أن يكون غرض المؤسسة العامة تأدية نشاط مرفق عام متخصص أو مرافق عامة متشابهة بأهدافها دون أن يتخصص بإقليم معين للدولة ٤- أن تدار عن طريق منظمة عامة -انظر د. محمد علي آل ياسين، القانون الإداري، ط ١، المكتبة الحديثة للطباعة، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٦٢، ص ٦٤- حامد مصطفى، المصدر السابق، ص ١١٣.

(١٩٣) قانون إصلاح النظام القانوني، وزارة العدل، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٩، ص ٣٥.

دفعه من تعويض ما لم يكن الضرر قد نشأ عن تعمد التابع او خطئه الجسيم^(١٩٤) فالملاحظ ان المشروع استعان بلفظ المتبوع للتعبير عن كل الاشخاص المسؤولين عن الغير بما فيها مسؤولية الادارة عن اعمال موظفيها، وهي خطوة يحمد عليها واضعوا المشروع لانها بالاضافة الى توسيعها من مجال الاشخاص المتبوعين، تزيل الغموض او الخلاف الذي احاط ببعض الالفاظ التي استخدمها المشرع في المادة ٢١٩ على النحو السابق ذكره. ومما لا شك فيه ان مسؤولية الادارة وفقا لهذه المادة تكون ذات طبيعة غير مباشرة طالما كانت تنطوي تحت المسؤولية العامة للمتبوع .

ونحن من خلال شرحنا هذا دخلنا في مجال القانون الخاص من ناحية قواعده المتعلقة بموضوع مسؤولية الادارة، وهذا ما يدخل في نطاق اختصاص جهة القضاء العادي في دول القضاء المزدوج بحسب القواعد التي تحكم الاختصاص بهذا الصدد .

اما موقف القضاء في العراق، فنجد ان احكامه الصادرة بشأن مسؤولية الادارة بصورة عامة تؤكد الصفة التبعية لهذه المسؤولية بتطبيقها المادة ٢١٩ مدني على هذه القضايا، وهذا امر عادي لأن نظام القضائي في العراق وحتى وقت قريب كان نظاما موحدًا فلم يكن امامه غير تطبيق قواعد المسؤولية المدنية، فقد ذهبت محكمة التمييز في حكم لها الى ان سائق السيارة التابع للمميز عليه وزير الدفاع اضافة لوظيفته قد ادين من محكمة جنح المدائن بسبب تقصيره فانه يصبح من حق المدعي المتضرر مطالبة المدعي عليه وهو المتبوع بالمبلغ الناجم عن الضرر الذي احدثه تابعه^(١٩٥)، كما وقررت مسؤولية مصلحة الموائى العراقية عن اعمال موظفيها ومستخدميها عن حدوث نقيصة في اموال المسلمة اليها^(١٩٦) ومسؤولية وزارة الدفاع عن الضرر الناجم عن اصطدام الطائرة العائدة للقوة الجوية باحدى السيارات وفقا للمادة ٢١٩ مدني^(١٩٧). وقررت المحكمة الادارية الزام المنشأة العامة لنقل البضائع بتعويض مواطن عن الاضرار التي اصابته سيارته نتيجة اصطدامها بسيارة المنشأة اعلاه وبتقصير من سائقها عملا باحكام المادة ٢١٩ من قانون المدني^(١٩٨). وفي مجال المسؤولية عن الاعمال الطبية، قضت المحكمة الادارية في كرخ بالزام وزارة الصحة بالتعويض عن وفاة طفل ولد حديثا بسبب تركه في غرفة مبردة دون عناية ولان الخطأ وقع من التابع أثناء الخدمة الطبية في المستشفى^(١٩٩) .

(١٩٤) مشروع القانون المدني الجديد، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٤، وقد لقي المشروع لاحقا.

(١٩٥) رقم القرار ٧٧/٤٨٤٩ ادارية ٨٥/٨٤ - مجموعة الاحكام المدنية، العدد الثاني، سنة ١٩٨٦، ص ٢٩ .

(١٩٦) رقم القرار ١٩٧١/١٢٨٨ في ١٩٧٣/١/١٧ - ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مركز البحوث القانونية، بغداد ١٩٨٨، ص ٢٦٨.

(١٩٧) مجموعة الاحكام المدنية، العدد الثاني، سنة ١٩٨١، ص ٢٧.

(١٩٨) رقم قرار ٩٨/ع ج ٩٨٥-٩٨٦ في ١٩٨٧/١٢/١٠ - مجموعة الاحكام المدنية، العدد الثاني، السنة ١٩٨٨، ص ٣٢.

(١٩٩) رقم قرار ٩٨/ادارية ٨٤-٨٥ في ١٩٨٥/٤/١٤ - المرجع السابق، ص ١٧ .

والملاحظ هنا ان المحاكم الادارية في العراق كانت تطبق وبأسمرار قواعد المسؤولية المدنية وبالتحديد المادة ٢١٩ الخاصة بالمسؤولية التبعية، ولم تكن تطبق قواعد المسؤولية الادارية على نحو المألوف في دول القضاء المزدوج.

واذا كانت المحاكم القضائية في العراق قد اعتبرت مسؤولية الادارة ذات طبيعة غير مباشرة وعن فعل الغير، نراها في احكام أخرى قليلة لها قد اسندت المسؤولية الى مادة ٢٠٤ من القانون المدني الخاصة بالمسؤولية عن الاعمال الشخصية مع الإشارة الى المادة ٢٣١ عندما يتدخل في احداث الضرر شيئا ماديا مملوكا للادارة ، وفي هذا إشارة الى قيام مسؤولية الذاتية للادارة على أساس ان الخطأ ينسب اليها مباشرة .

ومن ذلك حكم المحكمة الادارية بمسؤولية المؤسسة العامة للسياحة عن وفاة الاشخاص الذين استأجروا دورها في المدينة السياحية، اذ كان تسممهم بالغاز المتسرب من صمامات الحمام او الطباخ نتيجة خلل في التأسيسات^(٢٠٠) . كما وقررت محكمة التمييز مسؤولية المنشأة العامة لتوزيع كهرباء المحافظات عن اضرار الحريق الذي تسبب في حرق محلات المدعي نتيجة تماس الأسلاك الكهربائية بسبب الأخطاء الفنية في تصميم التأسيسات الكهربائية استناداً لأحكام المادة ٢٣١ مدني^(٢٠١). كما وقررت محكمة تمييز اقليم كردستان بصحة الحكم الذي قرر مسؤولية وزير الصناعة والطاقة للأقليم اضافة لوظيفته بتعويض المدعي (المميز عليه) بسبب اصابته بصعقة كهربائية مما أدى الى عجزه عجزاً كاملاً. استناداً الى المادتين ٢٠٤ و٢٣١ من القانون المدني^(٢٠٢) وقضت المحكمة ذاتها برفض الحكم بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بدار المدعي (المميز) نتيجة تسرب المياه اليها من المجرى العائد الى مديرية البلدية لكون المضرور قد بنى داره وهو على علم تام بان المجرى يصل داخل ملكه دون ان يقاضي البلدية لتحويل مسار المجرى او اتخاذها تدابير لمنع تسرب المياه^(٢٠٣) .

من كل ماتقدم يمكننا القول بأن القضاء العراقي أخذ من الناحية العملية بتطبيق فكرة المسؤولية المباشرة للادارة وان كانت وفقاً للقواعد المدنية، فهذا يقرب الوضع في العراق الى الوضع السائد في فرنسا وما يستتبعه ازدواج طبيعة مسؤولية الادارة، وفي نظرنا انه تطور بنى بأمكانية ازدواج قواعد المسؤولية أي نشوء قواعد ادارية الى جانب القواعد المدنية في المسؤولية سيما بعد انشاء قضاء اداري في العراق فنأمل من القضاء الإداري الوليد ان لا يتقيد بحرفية النصوص التشريعية وأن ينتهج مسلك مجلس الدولة الفرنسي في تحرره من قيود النصوص الجامدة حتى يتمكن من بناء أحكامه على أسس موضوعية تنتج من مجموعها قواعد و مبادئ القانون الاداري، فما أھوجنا نحن في العراق الى مثل هذه المبادئ والقواعد.

(٢٠٠) رقم قرار ٧٨٧ / ٧٨٨ ادارية ثانية/ ١٩٨٨ مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، ١٩٨٨، ص ١٢.

(٢٠١) انظر حكم محكمة التمييز المرقم ١٢٥٥ / ٣٢ منقول ١٩٨٨ في ١٩٨٨/٥/٢١، المصدر السابق، ص ١٣.

(٢٠٢) رقم قرار ١٩٧ / الهيئة المدنية / ١٩٩٥ في ١٩٩٥/١٢/٢٧، غير منشور - وانظر ايضا قرارها المرقم ١٢٩/ الهيئة المدنية

١٩٩٥ في ١٩٩٥/١١/٢١ غير منشور .

(٢٠٣) رقم قرار ١٢٢ / هيئة مدنية / ١٩٩٦ في ١٩٩٦/٤/٢٠ - غير منشور .

- الفصل الثاني -

مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ

تمهيد وتقسيم -

ان اركان المسؤولية على أساس الخطأ هي نفسها في القانونين المدني والاداري، وهي ثلاثة-الخطأ والضرر، والرابطة السببية بين الخطأ والضرر، ومع ذلك فإن اصالة القواعد الادارية تبرز في ركن الخطأ، اذ صوره مجلس الدولة الفرنسي تصويرا مغايرا للأفكار المدنية المسلم بها - كما سنستعرضها في هذا الفصل (٢٠٤).

وفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية لم تبق كما كانت عليه في بادئ الامر، بل تطورت مع تطور المجتمع وتغير العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية فيه. وقد استدعى هذا التطور بل وفرض تغيير القواعد التي تنظم هذه المسؤولية لتتمكن من مواكبة هذه التطورات (٢٠٥).

فالقواعد القانونية ليست مطلقة من حيث الزمان والمكان، ولا هي خالدة على مر الأزمان والمجتمعات بل على العكس من ذلك فإنها محددة بمجتمع معين وفي اطار زمني معين. والأمثلة على هذا التطور القانوني الذي نقول به لا عد له ولا حصر، فكم من قاعدة أصبحت استثناء وكما استثناء ارتقى الى مرتبة الاصل واحتل مكان القاعدة. من ذلك فلا تقف القواعد القانونية في وجه التطور ولا تمنعه بل تلازمه، لان القانون كما يقول كارل ماركس (لا يلغي الشروط الموضوعية للتطور) (٢٠٦). لذا فإن قواعد المسؤولية الادارية تكون مترابطة ومتوازية في تطورها مع تطور أساس مسؤولية الإدارة وتغير النظرة اليه. والواقع ان أساس المسؤولية الخطئية للإدارة يعتمد الى حد كبير على الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية، وكما سبق القول فإن طبيعة مسؤولية الإدارة يمكن ان تكون ذاتية وشخصية فيكون أساس هذه المسؤولية مرتبط بفكرة الخطأ المرفقي او خطأ المرفق العام، ويمكن ان تكون هذه المسؤولية ذات طبيعة غير مباشرة وعن فعل الغير وعندها نسمى هذه بالمسؤولية التبعية للإدارة كمسؤوليتها عن الأخطاء الشخصية لموظفيها، وأساس المسؤولية هنا يكون مختلفا عن الاول، وقد قيلت فيه نظريات متعددة، ونحن لا نريد هنا بيان تفاصيل هذه النظريات ونرجى بيانها الى المبحث الثاني من هذا الفصل.

وعليه فإننا سنقوم بتوزيع هذا الفصل على مبحثين مستقلين، نتناول في اولهما أساس المسؤولية الذاتية للإدارة والذي يكون خاضعا كأصل عام لقواعد المسؤولية الادارية، أما أساس المسؤولية التبعية للإدارة والذي يخضع لنوعي قواعد المسؤولية الادارية والمدنية فسيكون موضوع المبحث الثاني.

(٢٠٤) د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٤٩.

(٢٠٥) د. محسن خليل ود. سعد العصفور، المصدر السابق، ص ٥٥٠.

(٢٠٦) المقال الذي ترجمه الاستاذ هنري رياض، المنشور في مجلة القضاء، العدد الرابع لسنة ١٩٦٩، ص ٧١، نقلا عن استاذنا

د. سعدي اسماعيل البرزنجي، المرجع السابق، ص ١٤٧، ١٤٨.

-المبحث الاول-

أساس المسؤولية الذاتية للإدارة (الخطأ المرفقي)

الأصل ان أساس المسؤولية الذاتية (المباشرة) للإدارة يكمن في سبب الحادث الضار وليس في الضرر فلا يكون من المقبول مبدئياً مطالبة الشخص بتعويض عن ضرر من دون ان يثبت ان سلوكه كان مخالفاً للقانون. والمستقر ان من احدى الوظائف الأولية لأي نظام قانوني فسح المجال امام المضرور للحصول على التعويض اللازم لجبر الضرر والتقليل من آثاره، وهذا يستوجب مساءلة الإدارة اذا ما تسببت في الاضرار بالغير بعد ثبوت ارتكابها للخطأ، لأنها ستكون قد أخلت بالتزامها القانوني في عدم الاضرار بالغير^(٢٠٧) وعلى هذه الفكرة استندت المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي، والمادة ١٦٣ من القانون المدني المصري، والمادة ٢٠٤ من القانون المدني العراقي التي تؤكد المسؤولية الشخصية عن الفعل الضار^(٢٠٨)، ولكن القانون الإداري لا يتضمن مثل هذه النصوص، فلجأ القضاء الإداري الفرنسي في بادئ الامر الى تقرير مسؤولية الإدارة عن خطئها المباشر من دون الاستناد الى احكام المادة ١٣٨٢ من التقنين المدني، وبمعنى آخر لم يطبق القضاء الإداري القاعدة الموجودة في هذه المادة باعتبارها نصاً قانونياً، وانما باعتبارها مبدءاً من مبادئ القانون الطبيعي^(٢٠٩) وتبين ذلك بوضوح في الحكم الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية في قضية Blanco الشهيرة وذلك عندما قال "وحيث ان المسؤولية التي تقع على عاتق الدولة عن الاضرار المسببة للأفراد من قبل الأشخاص الذين تستخدمهم في المرافق العامة لا يمكن ان تخضع للمبادئ المقررة في القانون المدني....."^(٢١٠)، ولما كانت المسؤولية بوجه عام تقوم على اركان ثلاثة هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، الا ان الخطأ بمفهومه المعروف في القانون المدني لا يكون ملائماً لكي تبنى عليه المسؤولية المباشرة للإدارة لسبب بسيط وهو ان هذا القانون يشترط عنصر الادراك في الخطأ المرتكب وهذا يكون غير منسجم مع طبيعة الإدارة كشخص معنوي عام، فكان لابد للقضاء الإداري من اعتماد خطأ آخر ينسجم مع هذا الوضع، فوجد مجلس الدولة الفرنسي ضالته في نظرية الخطأ المرفقي التي اعتبرت

(٢٠٧) Jillinda tiley-Suzanna bailey, business law, long man exem guides, the bath pressavon, London, 1986, P21.

(٢٠٨) تنص المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي "كل فعل لشخص ايا كان الذي يسبب ضرراً للغير يلزم بالتعويض هذا الذي أحدثه بخطئه". وتنص المادة ١٦٣ مدني مصري على ان "كل خطأ سبب ضرراً للغير، يلزم من ارتكبه بالتعويض". اما المادة ٢٠٤ مدني عراقي فتقول "كل تعد يصيب الغير بضرر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض". فالمراد السابقة لهذه المادة تتضمن الاحكام الخاصة بالاتلاف والغصب والايذاء.

(٢٠٩) انظر د. عدنان المجلاي، المصدر السابق، ص ٣٥٠.

(٢١٠) مشار إليه في مؤلف د. ماهر صالح الجبوري، القانون الإداري، جامعة الموصل، ١٩٨٩، ص ٣٢.

نظرية القانون العام وحجر الأساس للمسؤولية الادارية لدى القضاء الاداري الفرنسي^(٢١١) وعلى هذا الأساس فأتينا سنتناول في المطلب الاول من هذا المبحث دراسة الخطأ المرفقي وتمييزه عن الخطأ الشخصي، كما سندرس حالات تقرير المسؤولية عن الخطأ المرفقي ودرجاته في المطلب الثاني، ونكرس المطلب الثالث والاخير لدراسة العلاقة بين الخطئين الشخصي والمرفقي ومسؤولية الإدارة .

-المطلب الاول-

تحديد مفهوم الخطأ المرفقي وتمييزه عن الخطأ الشخصي :-

من المستقر ان للخطأ المرفقي^(٢١٢) مفهومنا اذ لايرتكز على نصوص تشريعية جامدة ولا يقيد نفسه في اطار محدد يعجزه من مواجهة مختلف الحالات التي تبرز في العمل الاداري، ومقتضاه ان الخطأ ينسب الى المرفق العام مباشرة وان كان القائم به ماديا هو الموظف ، فيعتبر المرفق ذاته هو الذي تسبب في الضرر لانه لم يؤد الخدمة العامة وفقا للقواعد التي تحكمه سواء كانت هذه القواعد من وضع المشرع او من وضع المرفق نفسه او يقتضيها السير العادي للامور فتسأل الإدارة وحدها مسؤولية مباشرة عن تلك الأخطاء لان قواعد العدالة تستلزم في هذه الحالة التعويض عن مثل هذه الأخطاء التي لا يسأل عنها موظفوا الإدارة وان صدر الخطأ في حقيقة الامر عنهم. والخطأ المرفقي اما ان يكون من الممكن نسبته الى موظف معين تثبت شخصيته او يتعذر معرفة مرتكبه فينسب الى ذات المرفق العام باعتبار ان المرفق في مجمله لم يؤد الخدمة بصورة حسنة، فمسؤولية المرفق في مثل هذه الحالة لا تقوم على أساس الضرر الذي اصاب احد الافراد وانما يرجع الى وجود خطأ ارتكبه المرفق وكان السبب في احداث الضرر، وكل ما يميزه هنا انه لايمكن نسبته الى موظف معين من الوجهة المادية و اعتاد مجلس الدولة الفرنسي على ان يطلق على هذا النوع من الخطأ اصطلاح(خطأ المرفق العام Faute de service public) ويطلق على الحالة التي يكون فيها الموظف

(٢١١) Andre de laubadere, op. cit. P. 702.No. 1224 .

(٢١٢) يرجع اصل هذا الاصطلاح في فقه القانون الاداري الى مفوضي الحكومة امام مجلس الدولة الفرنسي في مذكراتهم المتعلقة بقضايا المسؤولية، وبالاخص المفوض Romieu في مذكرته بمناسبة حكم مجلس الدولة في قضية Cames سنة ١٩٨٥، والمفوض Teissier ومذكرته المقدمة لمجلس الدولة عن حكمه الصادر في ١٩٠٣ في قضية L. ebrre، وتبنى المجلس هذا الاصطلاح ثانيا اعتبارا من سنة ١٩٠٤ . هذا وقد يستخدم لفظ الخطأ المصلحي او خطأ الخدمة او الخطأ الاداري او الخطأ الوظيفي من قبل فقهاء القانون الاداري للدلالة عن نفس المعنى راجع في ذلك - د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري... المصدر السابق، ص ٨٣٣- ايضا د. سعاد الشرفاوي، الوجيز في القضاء الاداري، الجزء الاول، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ١١٦.

مرتكب الخطأ معروفا ،وعلى الخطأ الذي يشمل النوعين معا اصطلاح(الخطأ المرفقي)
Faute de service^(٢١٣).

وبهذا الصدد فقد عرف الفقيه اندري دي لوبادير^(٢١٤) الخطأ المرفقي بأنه كل ما لا يعتبر خطأ شخصيا و يلاحظ عليه بأنه تعريف غير دقيق اذ ما المقصود بالخطأ الشخصي و ما هو الحد الفاصل بين ما يعتبر خطأنا شخصا وما لايعتبر كذلك.

و يعرفه Rivero بأنه "عيب في اشتغال المرفق يقع فيه واحد او مجموعة من الموظفين دون ان يكونوا مسؤولين شخصا عنه ولأن الأخطاء لا يرتكبها الا الشخص الطبيعي"^(٢١٥).

كما ويعرف الفقيه Vedel هذا الخطأ بأنه "الاخلال بالالتزام في اداء الخدمة " و ليس في الامكان تعداد جميع الأخطاء المرفقية الا بعد معرفة كافة الخدمات التي تقدمها المرافق العامة والخطأ من الممكن ان يكون عملا ايجابيا ، كما يكون امتناعا عن عمل، ويمكن ان يكون فعلا عمديا او نابعا عن اهمال ورعونة ،ويمكن ان يصيب الخطأ قرار اداري كما يشمل عملا ماديا ،او ان يكون الخطأ عيبا في تنظيم المرفق او خلافا في سير العمل فيه، هذا الخطأ يمكن ان نجد مصدره في عدم المشروعية بالمعنى الدقيق لهذا اللفظ، كما يمكن ان نجد مصدره في تصرف لايمكن وصفه بالغير المشروع بالمعنى الضيق لعدم المشروعية - مثال ذلك عدم كفاءة الموظف في عمل ما او الامتناع عن عمل ما في حالات لا يكون فيها العمل الايجابي ضروريا مما يثبت مسؤولية الإدارة عنها^(٢١٦).

والملاحظ على هذا التعريف انه اقرب ما يكون الى تصنيف الخطأ منه الى تعريفه، فضلا عن انه لم يحدد نوع الالتزام ، هل هو التزام بتحقيق غاية ام ببذل عناية .

ولكننا نعتقد انه لو كان هناك التزام على عاتق المرافق العامة في الدولة فهو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق غاية ، اذ ان الافراد لا يحق لهم مطالبة المرافق العامة بتادية خدماتها بصورة نموذجية، وانما من حقهم ان لا يتضرروا بسبب اعمال تلك المرافق^(٢١٧)، و من جهة أخرى فان الخطأ يمكن ان ينسب الى المرفق ذاته،من دون امكان تحديد مصدر الفعل الضار الذي كان سببا لقيام مسؤوليته عنه، او كما يقول العميد بونار تعليقاً على احد احكام مجلس الدولة "ان كل موظف قد أدى واجبه بدون

^(٢١٣) انظر د. محمد فؤاد مهنا ،المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية ،المصدر السابق ،ص١٧٧، د.مصور ابراهيم العوم،المسؤولية التأديبية للموظف العام، ط١، ١٩٨٤، ص٢٠ .

^(٢١٤) Andre de laubader, op.cit.P. 707 .No. 1230

^(٢١٥) Rivero, precis de droit administratif, Dalloz-Paris, 1965, No. 275, P.240

نقلا عن د. سليمان محمد الطماوي ،دروس في القضاء الاداري ،المصدر السابق،ص١٣٥ .

^(٢١٦) Vedel, droit administratif, -3ed- themis-Paris, 1964.P.267 .

مشار اليه في مؤلف د.ابراهيم طه الفياض ،المصدر السابق ،ص٢٢٥ .

^(٢١٧) انظر بهذا الصدد -د.عبد المجيد الحكيم ،المصدر السابق ،ص٢٠-عبدالمعمر فرج الصدة ،المصدر السابق ،ص٢٣ .

تقصير و بدون حماس شديد، ومع ذلك فقد وقع الضرر.....ان المرفق نفسه هو الذي أخطأ فهو المسؤول، لانه كان منظما على نحو سيئ، لايمكن تحديده على وجه الدقة". ويسري هذا على كل حالة يكون فيها الخطأ مجهولا (٢١٨).

ومهما تكن حقيقة الخطأ المرفقي، فانه يصدر في كل الاحوال عن الموظفين العاملين لدى المرفق، سواء اكان الموظف معروفا او مجهولا وتتحمل الادارة نتائجه الضارة .

وقد يثور التساؤل عن سبب عدم مسؤولية الموظفين عن أخطائهم المرفقية، وبعبارة أخرى هل يكون عدم مسؤولية الموظفين عن أخطائهم المرفقية راجعا الى وجود نصوص قانونية جامدة تقرر ذلك، او انه تابع من ضرورات عملية و متطلبات السياسة الادارية السليمة في ضمان دوام سير المرافق العامة بانتظام و اضطراد.

يرد الاستاذ Chapus على ذلك بالقول " في الحالة هذه قرر مجلس الدولة الفرنسي عدم مسؤولية الموظفين، وان المتضرر لا يستطيع مقاضاة الموظف عن الأخطاء المرفقية ".

ويترتب على عدم مسؤولية الموظفين عن أخطائهم المرفقية ما يلي:-

١- عندما يقاضي المضرور الموظف عن أخطائه المرفقية امام المحاكم العادية، يصبح لزاما على هذه المحاكم رد الدعوى لعدم الاختصاص بالفصل فيها، اما اذا اصرت المحكمة في نظر الدعوى والحكم فيها على الرغم من قرار محكمة التنازع، فيكون بإمكان الموظف مطالبة الادارة التي يتبعها بدفع التعويض المقرر كليا او جزئيا و تحمله هو الجزء المتبقي وفقا لمقدار مساهمة خطأ كل منهما في احداث الضرر (٢١٩).

٢- لايحق للادارة تقرير مديونية الموظف الذي يتبعها بعد دفعها التعويض المحكوم به عن الخطأ المرفقي بقرار اداري تصدره بهذا الصدد لان قضاء مجلس الدولة الفرنسي مستقر على عدم مسؤولية الموظفين عن أخطائهم المرفقية، ومن ثم يتمتع عليها الرجوع على الموظف بما دفعته عنه من تعويض الاستثناء و عند وجود نص قانوني صريح بشأن ذلك (٢٢٠)، لذا فقد استنتج الاستاذ Chapus ومن خلال احكام عديدة لمجلس الدولة الفرنسي ان عدم مسؤولية الموظف عن أخطائه المرفقية لا يرجع الى نص قانوني وانما الى اسباب عملية تتعلق بالسياسة الادارية الهادفة الى حماية الموظفين والعمل على عدم تثبيط همهم ونشاطهم بسبب الخوف من الوقوع في المسؤولية (٢٢١).

ويقول الفقيه Hauriou بصدد المسؤولية الناشئة عن الخطأ المرفقي الذي لا يمكن فصله عن واجبات الوظيفة انه "من العدل ان تتحمل الادارة لوحدها مسؤولية الخطأ

(٢١٨) د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري-الكتاب الثاني-قضاء التعويض وطرق الطعن في الاحكام، المصدر السابق، ص. ١٣٥.

(٢١٩) Rene Chapus, op. cit. P.223, No. 208 .

(٢٢٠) Ibidem, P.224, No. 208 .

(٢٢١) Ibidem, P. 225 . No . 209 .

المرفقي، لأن القاء عبء هذا الخطأ على عاتق الموظف سيؤدي الى تهيب الاقدام على كل مامن شأنه ان يؤدي الى مسؤوليته ، او الى احتمال مسؤوليته وسيؤدي بالأدارة كلها الى ان ترتمي في احضان روتين بغض^(٢٢٢).

وهنا يجب عدم ارجاع عدم مسؤولية الموظف عن الاخطاء المرفقية الى اسباب نظرية كتلك التي اعتمدتها انصار نظرية العضو في الفقه الفرنسي وما ترتب عنها من اعتبار الموظف وسيلة عمل او اداة معدة و مرتبطة بالاعضاء الاخرى في الجهاز الاداري^(٢٢٣).

وينتقد الاستاذ Chapus في موضع اخر فكرة الخطأ التي لا يمكن نسبتها الى موظف معين، ولكن في هذه الحالة فإن الغير يكون هو المسؤول وليس المرفق المنسوب اليه الخطأ، لأنه و باستثناء المؤسسات العامة (المرافق العامة المتمتعة بالشخصية المعنوية) فإن المسؤولية لا تقع على المرفق ذاته وانما تتحملها الهيئة العامة التي يتبعها المرفق لانها تملك الاهلية الكاملة في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، وقد استخلص شابي هذا الرأي من خلال الاحكام القضائية التي لم تحظ باهتمام الفقهاء^(٢٢٤). ويمكن القول ان مدلول الخطأ المرفقي يوحي بان الإدارة ليست معصومة من الخطأ و انها تكون مسؤولة اذا ما ارتكبت ما يستوجب المؤاخذه ، كما وتبين هذه التسمية ان مسؤولية الإدارة يجب ان ترتبط بنشاطها ، وانها تكون ذاتية ومباشرة فقد حدد فقه مجلس الدولة منذ القدم مثل هذا الخطأ الذي يقوم على التنظيم الرديء او الاداء المعيب للخدمة فهذه المفاهيم قد قررت بجلاء ما ينبغي ان يكون عليه النشاط الاداري ومقتضيات الخدمة المدنية المعاصرة ، وقد اعطى الاجتهاد الفرنسي لهذا النموذج من الخطأ الاداري هذه التسمية ، رغم انها مجازية مرسلة لكنها تعبير اصيل^(٢٢٥) .

ومما لا يخفي ان المشرع الفرنسي قد تدخل في حالات عديدة لتقرير عدم مسؤولية الموظفين عن اخطائهم المرفقية مقابل مسؤولية الإدارة عنها .فقانون التوظيف الفرنسي لسنة ١٩٤٦ وسنة ١٩٥٩ اقر حماية الموظف من المسؤولية المالية عن اخطائهم المرفقية ومن مقاضاتهم امام المحاكم القضائية بالزام جهة الادارة بدفع التعويض عن الموظف عند قيام مسؤوليته عن الخطأ الوظيفي^(٢٢٦) .

و يعتبر البعض من الفقه المصري ان الخطأ المرفقي هو خطأ موضوعي يرجع في تقديره لقانون المرفق ونظام العمل المتبع فيه و درجة العناية التي يلتزم بها المرفق ، فلا يعتبر الفعل او الامتناع خطئاً يسأل عنه المرفق الا اذا كان مخالفاً للقانون و نظام المرفق^(٢٢٧) ومهما يكن من امر فان الفقهاء الفرنسيين قد وضعوا معايير لتعريف

(٢٢٢) اشر الى هذا الرأي في مؤلف د. سليمان الطماوي ، القضاء الاداري المصدر السابق، ص ٣١٤ .

(٢٢٣) راجع في هذا ص، ص من هذه الرسالة .

(٢٢٤) Rene Chapus, op.cit, P. 202 -204 .

(٢٢٥) Andre, de Laubadere, op. cit, P.707, No. 1230 .

(٢٢٦) Chapus p.226, No.209 .

(٢٢٧) في هذه المعنى انظر د. محمد فؤاد مهنا ، المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية ، المصدر السابق ، ص ١٦٠ .

الخطأ المرفقي استنادا الى القاعدة التي انشاها مجلس الدولة الفرنسي والتي تفرق في مجال المسؤولية الادارية بين الخطأ المرفقي و الخطأ الشخصي^(٢٢٨)، الذي ينسب الى الموظف ويتحقق مسؤولية الشخصية عنه اي يدفع التعويض من ماله الخاص ، وينعقد الاختصاص بنظر دعوى المسؤولية الناشئة عن خطأ الشخصي لجهة القضاء العادي . وتأتي أهمية التمييز بين نوعي الخطأ اضافة لدوره في تعريف الخطأ المرفقي، في تحديده لشخص المسؤول ازاء المضرور من اعمال الإدارة وفي تقسيم العبء النهائي للتعويض بين الموظف والإدارة عند اشتراك خطئهما في احداث الضرر . وتتفح ايضا في توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والاداري في دول ذات النظام القضائي المزدوج^(٢٢٩) .

ولما كان الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي يصدران عن الموظف، الامر الذي يجعل من غير الممكن الاعتماد على شخص مرتكبه بشأن التفرقة بينهما^(٢٣٠) .

ولعدم وجود نص قانوني سواء في فرنسا او في مصر^(٢٣١) ، ليتولى تحديد ما يعتبر من قبيل الاخطاء الشخصية او الاخطاء المرفقية ، فقد تعين الرجوع في ذلك الى اراء الفقهاء واحكام القضاء الاداري^(٢٣٢) . وفي هذا ذهبت محكمة النقض المصرية ، في حكم لها الى انه وان كان لجهة الإدارة حرية ادارة المرافق العامة ومن بينها مرفق الامن - وحق تنظيمها والاشراف عليها الا ان ذلك لا يمنع القضاء على ما جرى به قضاء محكمة النقض من حق التدخل لتقرير مسؤولية الإدارة عن الضرر الذي يصيب الغير متى كان ذلك راجعا الى اهمالها او تقصيرها في تنظيم المرفق العام او الاشراف عليه - والمحكمة وهي بسبيل تحقيق الخطأ المنسوب الى جهة الإدارة غير ملزمة ببيان وسيلة تلافيه اذ ان ذلك من شأن جهة الإدارة وحدها عملا بمبدأ الفصل بين السلطات^(٢٣٣) .

والملاحظ هنا ان محكمة النقض قد اشارت صراحة الى الخطأ المرفقي دون تحديده، ويعد هذا الحكم من الاحكام القليلة او النادرة للقضاء العادي المصري الذي تبني مبدأ

(٢٢٨) يقابل الخطأ الشخصي في الفقه والقضاء المدني الخطأ العمد والخطأ الجسيم . انظر د. محمد ابراهيم الدسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، اسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص ٥٠٥ .

(٢٢٩) Andre, de laubadère, P.708, No.1231 .

(٢٣٠) د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة ، المصدر السابق ، ص ٣٩٤ .

(٢٣١) لايد من القول بان اول تشريع مصري اقر فكرة التميز بين نوعي الخطأ الشخصي والمرفقي كان قانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ اذ نص في المادة ٥٨ منه بان "لا يسأل العامل مدنيا الا عن الخطأ الشخصي " وقد كثر المشرع المادة نفسها في قانون العاملين المدنيين الحالي رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ في المادة ٥٥ منه وهذا بلا شك يعد تطورا الى الامام في مجال قواعد المسؤولية الادارية في مصر - راجع د. محمود عاطف البنا ، المصدر السابق ، ص ١٩١ - د. سليمان الطماوي ، القضاء الاداري - قضاء التعويض - المصدر السابق ، ص ٤١٧ .

(٢٣٢) انظر د. محمد الشافعي ، المصدر السابق ، ص ٣٢٧ ، و د. عبدالرحمن نورجان ، المصدر السابق ، ص ١٥٨ و د. حسين علمر و عبد الرحيم عامر ، المصدر السابق ، ص ٦٦٠ .

(٢٣٣) أنظر حسن الفكهاني ، موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية ، الجزء السادس ، مجلد الخامس عشر ، ص ٤٧ .

التمييز بين نوعي الخطأ، كما ان الاجتهاد الاداري المختص بالتمييز بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي هو تجريبي و متنوع وغير مستقر ،الا انه مكن من رسم الخطوط العامة التي افرزت معطيات ساعدت الفقه في اتخاذ موقف من الخطأ الشخصي، فيكون بالامكان اعتبار أخطاء شخصية بأنها الاخطاء التي يرتكبها الموظف خارج نطاق ممارسة وظيفته سواء كانت في حياته الشخصية المحضة او على هامش ممارسة وظيفته من جهة، والاطعاء التي يرتكبها داخل نطاق وظيفته الا انها غير مرتبطة بوظيفته بسبب طبيعتها المتصفة بالعمد وسوء النية او لجسامتها من جهة أخرى^(٢٣٤). و بما ان جسامه الخطأ صفة ذاتية متعلقة به ، فان امر تحديدها لا يخلو من مصاعب، كما وان القضاء قد نظر الى الجسيم من الاخطاء الفنية على أساس انها اخطاء مرفقية تسال عنها الإدارة ،لذا يكون امر تحديد الخطأ الشخصي وفقا لهذه الاوصاف غير متصف بالدقة^(٢٣٥). وتطبيقا لذلك فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية ادارة المستشفى عن خطأ الطبيب الذي ترك بعضا من ادوات الجراحة في جسم المريض بعد نهاية العملية مما سبب اضرارا بليغة و ذلك بأعتبره خطأ جسيما تسال عنه الإدارة مسؤولية مباشرة^(٢٣٦).

و هنا تعددت المعايير الفقهية في التمييز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي منها:
اولا -مغيار (النزوات الشخصية) -

نادى بهذا المعيار الاستاذ *Laferrier*، ويعد اول معيار اقترح في هذا المجال ويقوم بالتمييز بين نوعي الخطأ اعتمادا على نية الموظف المنسوب اليه الخطأ فالخطأ يعتبر شخصا اذا كان العمل الضار مطبوعا بطابع شخصي يدل على ضعف الموظف ونزواته وعدم تبصره أي انه اذا ما كشف عن الميل وعدم الحرص وسوء النية لدى الموظف اعتبر خطئه شخصا فتقوم مسؤوليته الشخصية ازائه^(٢٣٧).

اما اذا لم يكن الفعل الضار للموظف مطبوعا بطابع شخصي، اي لم يكن الموظف مدفوعا نتيجة نزوة او شهوة او سوء نية ، و كان ذلك ينبئ عن موظف عرضة للخطأ والصواب فيكون الخطأ مرفقيا وتحقق مسؤولية الإدارة عنه .

ومن احكام مجلس الدولة الفرنسي التي اعتمدت هذا المعيار، حكمه الصادر في قضية (la Glaoec) الذي قضى بان حجز عامل التلغراف البرقيات والخطابات الواردة لاحد المقاولين اضرارا به ولصالح مقال آخر هو خطأ شخصي وتقوم مسؤولية الموظف عنه^(٢٣٨).

^(٢٣٤) Andre, de laubadere, op. cit P.684, No.1193 .

^(٢٣٥) Ibidem. P.685, No. 1193 .

^(٢٣٦) قضاء مجلس الدولة ١٢ حزيران ١٩٥٣، سريه القضائية، ١٩٥٣، جازيت باليه، نقلا عن د. محمد الشيخ عمر، المصدر السابق، ص ٢٥٥ .

^(٢٣٧) د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ١٢٠. وانظر ايضا د. منصور العزم، المصدر السابق، ص ٢١.

^(٢٣٨) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٧ تموز ١٩٢٢ - مجموعة ميري ١٩٢٢، ص ٢٣، نقلا عن د. محمود حلمي، القضاء

الاداري، ط ٢، دار الفكر العربي، ١٩٧٧، ص ٣٢٣ .

هذا وقد اخذت المحكمة الادارية العليا في مصر بهذا المعيار في حكم لها صادر سنة ١٩٧٩ ينص على انه "اذا كان العمل الضار غير مصطبغ بطابع شخصي وينم عن موظف معرض للخطا والصواب فان الخطأ في هذه الحالة يكون مصلحيا ، فالعبرة بالقصد الذي ينطوي عليه الموظف وهو يؤدي واجبات وظيفته، فكلما قصد النكابة والاضرار او اراد منفعة ذاتية كان خطؤه شخصا يتحمل هو نتائجه" (٢٣٩).

والملاحظ على هذا المعيار انه معيار شخصي subjectif، لأنه يعتمد نية الموظف في تأدية واجبات وظيفته، فيعد الخطأ شخصا اذا كانت نية الموظف هي الفائدة الشخصية المحضة مما يستوجب البحث وراء هذه النية للترقية بين نوعي الخطأ وما ينطوي ذلك على صعوبات لان النية شئ كامن في النفس ومن التفسير معرفتها بصورة دقيقة (٢٤٠). ومن جانب آخر ينتقد هذا المعيار لانه لم يجعل من الخطأ الجسيم faute lourde خطئا شخصا مهما كانت درجة جسامته ما لم يثبت سوء نية مرتكبه ، وهذا ما يخالف مذهب مجلس الدولة الفرنسي من اعتباره الخطأ الجسيم في جميع الحالات خطئا شخصا بغض النظر عن نية مرتكبه (٢٤١).

ثانيا - معيار (جسامة الخطأ) -

قدم هذا المعيار عدد من الفقهاء يتزعمهم الفقيه جيز Jeze فهو يعتمد جسامة الخطأ في تمييز الخطأ المرفقي عن الخطأ الشخصي ، فيعتبر الموظف مرتكبا لخطأ شخصي عندما يكون الخطأ جسيما او ان يصل من الجسامة حدا لايمكن معه اعتباره من الاخطاء العادية التي يقع فيها الموظف وهو يؤدي واجبات وظيفته، كان تصل جسامة الخطأ الى حد ارتكاب جريمة جنائية تقع تحت طائلة قانون العقوبات ويدخل في نطاق الخطأ الجسيم بمفهوم هذا المعيار أساءة الموظف تقدير الوقائع او تفسير القاتون، ويعتبر الخطأ مرفقيا اذا كان الخطأ من المخاطر العادية التي يتعرض لها الموظف عند قيامه باتجاز اعماله الادارية (٢٤٢) وللخطأ الجسيم حالات ثلاثة يمكن استخلاصها من احكام مجلس الدولة الفرنسي، وهذه الحالات هي كالآتي:-

(٢٣٩) حكم محكمة ادارية العليا في ٦ تموز ١٩٥٩، قضية رقم ٩٢٨، لسة ٤ ق. - المصدر السابق، ص ٣٢٤ - هذا و يعرف الاجتهاد اللبناني الخطأ المرفقي بأنه ذلك الذي يكون متجردا من كافة الدوافع والاهواء الشخصية ، اما الخطأ الشخصي ، فهو ذاك الذي يكون مستوحى من دوافع تتناقض مع الوظيفة والتي تنجم عن عمل في الخدمة لا يصدر عن موظف يعمل لصالح ادارة ، بل تظهر انسانا خاضعا لضعفه واهوائه.

كما لا شك فيه ان هذا الاجتهاد قد اعتمد معيار لا فيرير في تعريفه لنوعي الخطأ المرفقي والشخصي. انظر حكم مجلس الشوري اللبناني رقم ٤٥٥ في ٢٥ حزيران ١٩٥٧ المجلة الادارية، ص ١٧٣ - دطلال المهنا، المصدر السابق، ص ٥٢

(٢٤٠) د. محمد ابراهيم الدسوقي المصدر السابق، ص ٥٠٤ .

(٢٤١) أنظر د. محسن خليل القضاء الاداري البنا، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ٥٧٠. د. محمد الشالي ابو رأس، المصدر السابق، ص ٣٣٠

(٢٤٢) د. عبدالرحمن نور جبان، المصدر السابق، ص ١٥٩، د. محمود عاطف البنا، القضاء الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٨٦.

١- عندما يرتكب الموظف العام خطأ ماديا فاحشا - كما لو تهور احد الرؤساء واتهم مرؤوسه بالسرقة دون مبرر، او خطأ طبيب ينتج عنه وفاة المريض، والاهمال في حماية حياة شخص مهدد بالاغتيال^(٢٤٣).

٢- عندما يقترب الموظف العام خطأ قانونيا فادحا ويتجسد ذلك في صورة تجاوز سلطاته المشروعة كما لو امر موظف بهدم حائط يملكه احد الاشخاص بدون مسوغ قانوني او اقدام عناصر من الشرطة القضائية باستعمال العنف لدى احضار احد المتهمين.

٣- عندما يخطئ الموظف العام بصورة غير عادية بحيث يشكل جريمة جنائية، سواء اقتصرت الجريمة فيما بين الموظفين (كافشاء اسرار الوظيفة او الرشوة) او ما كانت تعتبر من الجرائم العامة (كالضرب والشتم والسرقة والقتل....)^(٢٤٤).

وقد انتقد هذا المعيار لعجزه عن تفسير ما جرى عليه القضاء في اعتبار بعض اخطاء الموظفين اخطاء شخصية رغم عدم جسامتها واعتباره لآخرى اخطاء مرفقية مع اتصافها بالجسامة. وليس بخاف ان تقدير جسامته الخطأ هو امر متروك للقاضي الذي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة، وان المتبع لدى مجلس الدولة الفرنسي هو التضييق من نطاق الخطأ الجسيم باشتراطه درجة استثنائية من الجسامته في الخطأ لكي يعتبر خطأ شخصيا لحماية الموظف من تحمل عبء المسؤولية. كما ان الجريمة الجنائية للموظف لم تعد تعتبر نموذجا دائما للخطأ الشخصي مثلما اعتبره هذا المعيار، حيث كان السائد في السابق تلازم الخطأ الشخصي والخطأ الجنائي، ولكن وجهة النظر هذه قد اهلكت نهائيا من قبل القضاء الاداري الفرنسي منذ حكمه الشهير في قضية The Paz سنة ١٩٣٥^(٢٤٥)، والذي فصل بين مفهوم الخطأ الشخصي والخطأ الجنائي، و من ثم اصبح ممكنا اعتبار الخطأ الجنائي خطأ مرفقيا بتحقيق اوصاف هذا الخطأ، فتتحمل الادارة وزره^(٢٤٦). يضاف الى ذلك ان فكرة الخطأ الجسيم هي الاخرى محل نظر لعدم وجود حدود فاصلة بينه وبين الخطأ العادي او البسيط^(٢٤٧)، كما وينتقد الاستاذ Chapus^(٢٤٨) هذا المعيار عندما يعتبر الخطأ الجسيم خطأ شخصيا، ويعيب تعريفه للخطأ الجسيم (الخطأ الذي لا يرتكبه موظف متوسط) بأنه يحتاج الى تحديد و ذلك بتشخيص من هو هذا الموظف المتوسط الكفاءة قبل الخوض في انه لا يرتكب

(٢٤٣) د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري المصدر السابق، ص ١٢٦ .

(٢٤٤) انظر د. ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية، ١٩٨٥، ص ٥٧٨. طلال المنهار، المصدر

السابق، ص ٥٣.

(٢٤٥) وتتلخص وقائع هذه القضية في ان سائقا لسيارة عسكرية ارتكب جريمة قتل نتيجة لدفعه احد الافراد بينما كان سيارته تسير ضمن قافلة سيارات عسكرية، فانه بالرغم من ان هذا الخطأ يشكل جريمة جنائية فقد اعتبر خطأ مرفقيا لتحمل الادارة عبء التعويض عنه - د. سليمان الطماوي، ص ٢٨٨ .

(٢٤٦) Andre de laubader, op. cit, P.685. No. 1194 .

(٢٤٧) د. محمد ابراهيم الدسوقي، المصدر السابق، ص ٥٠٣ وما بعدها .

(٢٤٨) Chapus, op. cit. P. 358. No. 357 .

الاطعاء الجسيمة .فهو يؤكد بعد ذلك على ضرورة التمييز في هذا المجال بين العنصرين الشخصي والموضوعي للخطأ، فيعتبر خطأ الموظف جسيما وفق العنصر الشخصي اذا كان متيقنا في الظروف التي ارتكب فيها الخطأ من نتائج الضارة اما بموجب العنصر الموضوعي فيعتبر الخطأ جسيما اذا ما نجم عن الاخلال بواجب أساسي يجب احترامه بوجه خاص و بشدة .

كما وان اعمال هذا المعيار يؤدي -في نظر شابي -الى نتيجة غير مقبولة ياباها المنطق السليم وقواعد العدالة لمنحه الخطأ اليسير حماية اكبر من الخطأ الجسيم لان الخطأ المرفقي الذي تتحمل الإدارة المسؤولية عنه يكون وفقا لهذا المعيار خطئا يسيرا بالمقارنة مع الخطأ الشخصي الذي يتميز بالجسامة ويتحمل الموظف وزره ،لذا فان المضرور في حالة الخطأ المرفقي سيحصل على التعويض في كل الاحوال نظرا لملاءة الإدارة بعكس المضرور بسبب الخطأ الشخصي(الجسيم) اذ يظل بدون تعويض نتيجة اعسار الموظف في اغلب الاحيان (٢٤٩).

وقد طبقت المحكمة الادارية العليا في مصر هذا المعيار في احد احكامها التي جاء فيها "ويعتبر الخطأ كذلك شخصا ولو لم تتوافر في مرتكبه نية النكايه او الاضرار وابتغاء المنفعة الذاتية اذا كان الخطأ جسيما، وتحديد درجة جسامة الخطأ مسألة نسبية تتفاوت تبعا للظروف المختلفة ويستهدي فيها بقدرة الموظف المتوسط الكفاية الذي يوجد في ظروف مماثلة لتلك التي كان فيها الموظف المخطئ، ويدخل في نطاق الخطأ الجسيم، الاخلال باي اجراء جوهري يؤثر في كيان العمل المنوط بالموظف اداءه(٢٥٠) لذا يمكننا القول بان هذا المعيار غير جامع وغير مانع.

ثالثا -معيار (الغاية) -

يعتمد العميد دكي Duguit في معياره هذا على الغاية من العمل(lebut). فاذ تصرف الموظف لغرض تحقيق مصلحة شخصية له ،فان ما يرتكبه من اخطاء يعتبر اخطاء شخصية،اما اذا تصرف بقصد تحقيق احد الاهداف المشروعة التي تدخل في مجال عمل الإدارة اعتبر خطئا مرفقيا، فالموظف لا يسأل اذا اخطأ بحسن نية وهو يستخدم سلطات وظيفته ، بينما يكون مسؤولا عندما يستغل سلطات هذه الوظيفة لاغراض شخصية وهذا دليل على سوء نيته (٢٥١).

(٢٤٩) د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري ،...، المصدر السابق، ص١٨٥، ص١٨٦ .

(٢٥٠) حكم المحكمة الادارية العليا في ٣ مارس ١٩٦٩-مجلة الحاماة ،العدد السادس، ١٩٧٠ ص١٣٩

نقلا عن د. محمد ابراهيم الدسوقي، ص٥٥ .

(٢٥١) راجع د. محسن خليل ،القضاء الاداري الباني ، المصدر السابق، ص٥٧٧ - د. محمد فؤاد مهنا ، حقوق الافراد ازاء

المرافق العامة ، المصدر السابق، ص٣٩٥ .

وطبق القضاء الإداري الفرنسي هذا المعيار في العديد من أحكامه نذكر منها حكمه الصادر في قضية زيمرمان Zimmermann^(٢٥٢).

ومما يؤخذ على هذا المعيار أنه على الرغم من وضوحه وسهولة تطبيقه، إلا أنه لا يصور حقيقة الواقع ولا يتفق دائما مع القضاء إذ أنه لا يعتبر الخطأ الجسيم خطأ شخصا مهما كانت جسامته ما لم يقترب بسوء نية، مع أن القضاء قد درج على اعتبار الخطأ الجسيم من قبيل الأخطاء الشخصية بصرف النظر عن سوء نية الموظف أو حسنها^(٢٥٣) ومن الأهمية بمكان القول بأن ليست كل غاية غير سليمة تكفي لجعل الخطأ شخصا، إذ أن الخطأ الشخصي لا يتحقق ذاتيا مع عدم مشروعية الغاية (كاغتصاب السلطة)، حيث أن العمل غير المشروع لاغتصاب السلطة يبقى عملا مرفقيا وإن كانت الغاية غير سليمة ما دام أنها لم تخرج عن نطاق الخدمة^(٢٥٤).

وقد اشارت المحكمة الإدارية العليا في مصر الى هذا المعيار في حكمها الصادر في حزيران ١٩٥٩ قاتلة "وفصل التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي يكون بالبحث وراء نية الموظف، فإن كان يهدف من القرار الإداري الذي أصدره الى تحقيق الصالح العام، أو كان قد تصرف لتحقيق أحد الأهداف المنوط بالإدارة تحقيقها والتي تدخل في وظيفتها الإدارية، فإن خطئه يندرج في أعمال الوظيفة بحيث لا يمكن فصله عنها، ويعتبر من الأخطاء المنسوبة الى المرفق العام ويكون خطأ الموظف هنا مصلحيا"^(٢٥٥).

رابعا - معيار (الانفصال عن الوظيفة) -

نادى بهذا المعيار العميد Hauriou و بموجبه يكون الخطأ شخصا إذا كان من الممكن فصله عن أعمال الوظيفة. والخطأ المرفقي هو الذي يدخل ضمن أعمال الوظيفة ويكون لاصقا بها ولا يمكن فصله عنها^(٢٥٦). و انفصال الخطأ عن الوظيفة قد يكون

^(٢٥٢) ومضمون هذه القضية هو أن بعض موظفي صيانة الطرق والاتفاق كانوا قد استخرجوا مواد البناء كالرمال والاحجار من ارض خاصة مملوكة لاسرة زيمرمان ومن ثم اصدر مدير المقاطعة قرارا بتحديد الاموال العامة للدولة في موقع العمل ضامنا اليها الارض السابق ذكرها وذلك حماية للموظفين من قيام مسؤوليتهم عن الاستيلاء على اموال الغير، اذ متى اصبحت هذه الارض من الاموال العامة (الدومين العام) فإن عملية استخراج الاحجار والرمال تكون مشروعة فاعتبر مجلس الدولة الفرنسي الخطأ الصادر عن مدير المقاطعة خطأ مرفقيا رغم جسامته على أساس أنه لم يرتكب الخطأ بسوء نية أو تحقيق غرض شخصي، وإنما كان يهدف الى تحقيق الحماية للموظفين وهم يقومون بالعمل غير المشروع واعتبر من اغراض الوظيفة العامة -حكم مجلس الدولة الصادر في شباط ١٩٠٣، سري، ١٩٠٥، القسم الثالث، ص ١٧- مشار اليه في مؤلف د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٤٧٢.

^(٢٥٣) د. محمد فؤاد مهنا ص ٣٩٦- د. محمود عاطف البناء المصدر السابق، ص ١٨٧.

^(٢٥٤) Andre de laubader, op.cit. P.684, No.1193.

^(٢٥٥) حكم محكمة الادارية العليا في قضية رقم ٩٢٨- نقلا عن د. محمود حلمي، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٢٢٦ ومما بعدها.

^(٢٥٦) انظر د. عبد الرحمن نورجان، المصدر السابق، ص ١٥٨ د. عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص ٣٥٢.

انفصالا ماديا او معنويا (عقليا)، ويتحقق الانفصال المادي عن اعمال الوظيفة في حالة قيام الموظف بعمل لا يدخل ضمن واجبات الوظيفة، و مثال ذلك حكم محكمة التنازع الفرنسية في قضية lalande وفحواد ان عمدة إحدى القرى قام بإعلان في أزقة القرية انه تم رفع اسم أحد التجار من المواطنين من قوائم الناخبين لأشهار أفلاسه، حيث ان عملية شطب الاسم من قائمة الناخبين هي من إحدى الواجبات الوظيفية للعمدة ، اما الاشهار مع بيان السبب فهو يسئ الى سمعة التاجر يعتبر عملا ماديا منفصلا عن واجبات الوظيفة (٢٥٧).

اما الانفصال المعنوي (العقلي) عن الوظيفة فيكون متحققا عندما يقوم الموظف بارتكاب خطأ لا يمكن فصله ماديا عن الأعمال الوظيفية ، ولكن بالإمكان فصله عن طريق العقل. ومن الامثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Prefitde la Cotedor وفيه اعتبر الامر الصادر من العمدة بقرع الاجراس احتفالا بمأتم مدني مما لا تفرع له الاجراس خطأ منفصلا عن واجبات الوظيفة انفصالا معنويا (٢٥٨).

وانتقد هذا المعيار كغيره من المعايير السابقة ، اذ وصف بكونه اوسع مما يجب ان يكون، لانه يجعل من كل خطأ مهما كان نافها خطأ شخصيا لمجرد انه منفصل عن واجبات الوظيفة، في حين انه لا يعتبر الخطأ مهما كان جسيما خطأ شخصيا لمجرد اتصاله بواجبات الوظيفة (٢٥٩).

ومهما يكن من امر فان قانون التوظيف الفرنسي الصادر في ١٩٤١ أخذ بهذا المعيار عندما قرر مسؤولية الموظف الشخصية عن اخطائه المنفصلة عن واجبات الوظيفة . اما قانون سنة ١٩٤٦ والذي حل محل القانون السابق فلم يأخذ بهذا المعيار (٢٦٠).

ومن انصار هذا المعيار في الفقه المصري د. ماجد راغب الحلو ، اذ انه يحبذ الاخذ بهذا المعيار ، ويرى ان "الخطأ الشخصي هو ذلك الذي يقع منفصلا عن ممارسة الوظيفة ماديا او معنويا " ولبيان هذا فقد ذهب الى ان الخطأ المنفصل ماديا هو ذلك المرتكب خارج اطار الوظيفة ودون اية علاقة بها . اما الخطأ المنفصل عن الوظيفة معنويا فهو الذي يتصل بها ماديا اما لوقوعه اثناء الخدمة او باستخدام ادوات العمل، ولكنه مع ذلك ليس من الاخطاء العادية التي يتعرض لها شاغل الوظيفة ويتجسد ذلك في حالتين هما الخطأ العمد والخطأ الجسيم اللذان لا يفسران الا بأهمال وحمق الموظف (٢٦١).

(٢٥٧) حكم محكمة التنازع الفرنسية في ٤ كانون الاول ١٨٩٧ - مجموعة دالوز ، القسم الثالث ، ص ٩٣ ، وردت في مؤلف د. محمود حلمي ، القضاء الاداري ، المصدر السابق ، ص ٢٢٤ .

(٢٥٨) حكم مجلس الدولة في ٢٥ شباط ١٩١٠ - مجموعة سري ، ص ١٩٩ نقلا عن د. محمد الشافعي ، المصدر السابق ، ص ٣٢٩ .

(٢٥٩) د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الاداري ، ، المصدر السابق ، ص ١٢٢ .

(٢٦٠) المصدر السابق ، ص ١٢٣ .

(٢٦١) د. ماجد راغب الحلو ، المصدر السابق ، ص ٤٨٦ .

وقد تبنت المحكمة الادارية العليا في مصر هذا المعيار في حكمها الصادر في ٦ تموز ١٩٥٩ حيث قالت "...فاذا كان يهدف من القرار الاداري الذي اصدره تحقيق الصالح العام او كان قد تصرف لتحقيق احد الاهداف المنوط بالادارة تحقيقها او التي تدخل في وظيفتها الادارية فان هذا الخطأ يندمج في اعمال الوظيفة بحيث لا يمكن فصله عنها..."^(٢٦٢) وقالت ايضا في حكم آخر لها بأن " الخطأ في التشخيص الواقع من طبيب حكومي في تقرير رسمي لا يعتبر خطأ شخصيا وانما هو خطأ مصلحي اذ يتعلق باعمال وظيفته"^(٢٦٣).

خامسا - معيار شابي-

يستند الفقيه شابي^(٢٦٤)، في معياره للتمييز بين نوعي الخطأ الشخصي والمرفقي الى درجة ارتباط خطأ الموظف باعمال و واجبات وظيفته فهو يميز بين ثلاثة انواع من الاخطاء الشخصية للموظف و يمنح كل منها درجة معينة و يعتبر ان الأخطاء الشخصية تسأل عنها الادارة تجاه المضرور بسبب ان الادارة تعتبر ضامنة لأعمال موظفيها. كما وانه بحث في معياره اخطاء المسؤولية الادارية وما يقابلها في المسؤولية المدنية كما هو موضح في الجدول الاتي :-

المسؤولية العامة (الادارية)	المسؤولية الخاصة (المدنية)		
- خطأ مرفقي - خطأ شخصي من النوع الاول المرتكب عند ممارسة الوظيفة والذي ضم منذ عام ١٩٠٩ .	خطأ الوظيفة	مسؤولية المتبوع والشخص الاداري	- لا رجوع على الموظف - رجوع كلي على موظف
- خطأ شخصي من النوع الثاني المرتكب عند ممارسة الوظيفة ولكن لا صلة له بها وضم منذ عام ١٩٤٩	أساءة استعمال الوظيفة		- رجوع كلي على موظف
- خطأ شخصي من النوع الثالث منبت الصلة بالمرفق	خطأ شخصي	لا مسؤولية للمتبوع ولا للشخص الاداري	

ونحن نرى ان من امثل المعايير السالف ذكرها لأجراء التمييز بين نوعي الخطأ (الشخصي والمرفقي) هو معيار (هوريو) فهو ينسجم مع مسلك مجلس الدولة الفرنسي اكثر من أي معيار اخر ، اذ انه لا يعطي مفهوما جامدا لهذه الاخطاء كمعيار (جيز)، ولم يعتمد أساسا مطاطيا غير مستقر مثل معيار (دكي)، كما لم يعتمد في تعريفهما على عنصر

^(٢٦٢) أشير الى هذا الحكم في مؤلف د. سليمان الطماوي ، القضاء الاداري ، قضاء التعويض ... المصدر السابق ، ص ٤١٨ .

^(٢٦٣) حكم محكمة القضاء الاداري المصري في ٢٢ حزيران ١٩٥٦ ، المجموعة ٦ ، السنة العاشرة ، ص ٤٠٣ ، نقلا عن د.

محمود حلمي ، القضاء الاداري ، المصدر السابق ، ص ٢٢٧ .

^(٢٦٤) Rene Chapus, op.cit, P.247, No. 232 .

نفسى سايكولوجي كنية الموظف وهو (معيار لافريار)^(٢٦٥). وعلى خلاف هذه المعايير فقد استند معيار هوريو على طبيعة الخطأ ودرجة صلته بالوظيفة لتقرير كونه خطأ شخصيا او خطأ مرفقيا مما يؤهله لتفسير السياسة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي تلك السياسة المتسمة بالمرونة والموضوعية . ومما يدعم هذا القول اقتراب الفقيه الفرنسي Chapus في تصوير معياره من معيار هوريو، وبصورة عامة فان هذه المعايير لم تلق نجاحا كبيرا لعدم تفيد مجلس الدولة الفرنسي في احكامه بقواعد ثابتة ولم يعتمد حلولا معينة حتى يمكن معها ايجاد معيار محدد في تفسير احكامه ، بل كان يهتم بايجاد الحلول الملائمة لكل حالة على حدة^(٢٦٦) .

اما فيما يتعلق بمسلك مجلس الدولة المصري بشأن-نظرية التمييز هذه ، فنجد انه ايضا كزميله الفرنسي لا يعتنق معيارا معينا، وانما يأخذ بكل تلك المعايير التي قررها الفقه والقضاء الاداري الفرنسي بشأن مسؤولية الادارة. ودليل ذلك هو حكم محكمة الادارية العليا الذي جاء فيه " انه لا يوجد ثمة قاعدة عامة مجردة تضع ظوابط محددة تفصل بوجه قاطع بين الاخطاء المرفقية والاختفاء الشخصية، وانما يتحدد كل نوع من هذه الاخطاء في كل حالة على حدة لما يستخلصه القاضي من ظروفها و ملاساتها مستهديا في ذلك بالعديد من المعايير منها نية الموظف و مبلغ الخطأ من الجسامة والدافع الى ارتكابه..."^(٢٦٧).

-المطلب الثاني-

حالات تقرير المسؤولية عن الخطأ المرفقي ودرجاته:-

الفرع الاول- حالات الخطأ المرفقي:-

ان نماذج الاخطاء المرفقية تكاد لا تحصى وليس بإمكاننا ان نذكر الا المشهورة منها عرضا مع فقه مجلس الدولة الفرنسي الذي لا ينضب.ويمكن تقسيم الاخطاء المرفقية التي تؤدي الى الحاق الضرر بالغير،سواء امكن نسبتها الى موظف معين او تعذر ذلك الى ثلاث حالات رئيسية وفقا لما قررها مجلس الدولة بهذا الصدد^(٢٦٨)، وهذه الحالات هي:

١-قيام المرفق بخدماته على وجه سئ Le service amal fonctionne وتدخل تحت هذه الحالة جميع الاعمال الايجابية التي يقوم بها المرفق العام والتي تتصف بالخطأ وسواء كانت هذه الاعمال مادية او قانونية (قرارات ادارية) قام بها

(٢٦٥) بهذا المعنى انظر د. عدنان العجلاني ، المصدر السابق، ص ٣٥٤ .

(٢٦٦) بهذا المعنى انظر د. سليمان الطماوي ، القضاء الاداري ... ، المصدر السابق، ص ١٣٥ .

(٢٦٧) حكم محكمة الادارية العليا- ١٩٦٩/٣/٣٠ -اخامة -عبدالمعنى حسني ، مدونة التشريع والقضاء في المواد المدنية والتجارية ، الجزء الثاني، ص ١١ .

(٢٦٨) Andre de laubadere , op. 707 , No. 1231 .

الموظفون او صدرت عن الاشياء او حيوانات تملكها الادارة، فينسب الخطأ الى المرفق ذاته^(٢٦٩)، ومن امثلته في قضاء مجلس الدولة الفرنسي وقوع الضرر عن خطأ مادي وقع من احد الموظفين وهو يطلق رصاصة على ثور هائج في الطريق العام فيصيب احد افراد وهو في داخل منزله، او ان يطلق احد رجال الشرطة النار على احد المتظاهرين فيرديه قتيلا وكان بإمكانه تجنب ذلك^(٢٧٠).

ومن امثلة الخطأ القانوني، حالة منع الادارة نشاط احدى المحلات التجارية مخالفة في ذلك لأحكام القانون، او تتعجل الادارة في تنفيذ حكم قضائي قبل ان يصبح قابلا للنفاذ او ان تستولي الادارة على بعض الاموال في غير الاحوال التي يجيزها القانون.

وقد يرجع سوء اداء المرفق لخدماته الى سبب ذاتي كان يكون المرفق منظما على نحو سيء، كأن يصاب الافراد باضرار نتيجة استعمال المرفق لمواد تالفة، او ان يتعرض الموظفون لحالة تسمم بسبب سوء تهوية اماكن العمل في المرفق بعد تدفنتها بالفحم^(٢٧١).

ففي كل هذه الحالات تكون الادارة مسؤولة لان الاصل في المرافق العامة هو ان تؤدي خدماتها للافراد وفقا لقواعد تضمن تحقيق المصلحة العامة على اكمل وجه، فإذا اصاب عملها خلل او نقص اعتبر ذلك خطأ واقعا من المرفق مما يستوجب قيام مسؤوليته عنه^(٢٧٢).

٢- عدم اداء المرفق لخدماته. Service na pas fonctionne.

على عكس الحالة الاولى، لا يمكن الخطأ هنا في تصرف إيجابي قامت به الادارة، وانما في عمل سلبي متمثل في امتناع الادارة في القيام بعمل كان من واجبها القيام به، مما يترتب على موقفها السلبي ضرر يصيب الافراد، فتقرر مسؤوليتها عنه^(٢٧٣).

فالادارة يتوجب عليها تطبيق احكام القانون، و للأفراد حق مطالبتها بتنفيذه ما دام انها قائمة، فسلطاتها ونشاطاتها لم تعد امتياز لها تمارسها متى شاءت، ولكنها واجبة عليها تأديتها بكل حرص و دقة لضمان المصلحة العامة، ولا يسري هذا على الاختصاصات المقيدة فقط و يشمل الاختصاصات التقديرية أيضا، فإذا كانت القاعدة ان القضاء لا يستطيع ان يأمر الادارة بان تقوم بإجراء ما لمواجهة حالة معينة او ان يحدد لها شكل تصرفها لان القانون قد اقر لها حرية التدخل و اختيار الوسيلة، فإن مجلس

(٢٦٩) د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ١٦-د. محمود عاطف، المصدر

السابق، ص ٢١٢.

(٢٧٠) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٤٨٩.

(٢٧١) د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٢٣٠.

(٢٧٢) د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص ٣٩٨.

(٢٧٣) انظر د. ماجد راغب الحلو، ص ٤٨٨، وايضا-د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٥٧٩.

الدولة الفرنسي استنادا الى هذه الحالة للخطأ المرفقي استطاع ان يمد رقابته و بطريقة غير مباشرة الى كيفية ممارسة الادارة لسلطاتها التقديرية.

ولكن يجب لا يغرب عن الاذهان ان امكانية مجلس الدولة الفرنسي في تقرير مسؤولية الادارة عن امتناعها في القيام بتصرفات معينة مقتصرة على الدعاوي التي تثار امامه بطريق قضاء التعويض فسحب، لاعن طريق قضاء الالغاء^(٢٧٤).

وهكذا فان الادارة لم تعد مسؤولية فقط عن الاضرار الناجمة عن قيامها باداء الخدمات العامة فحسب، وانما تكون مسؤولية ايضا عن امتناعها عن القيام بهذه الخدمات او التقتير فيها. واحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال كثيرة منها مسؤولية مرفق الشرطة في اهماله في اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الافراد من خطر الالعب النارية. و مسؤولية مرفق التعليم في امتناعه عن القيام بحماية الاطفال و مسؤولية الادارة في امتناعها عن تطبيق القوانين و اللوائح^(٢٧٥).

٣- بطء اداء المرفق لخدمات Le service a fonctionne tardive ment

اذا تباطأت الادارة في القيام بأعمالها المنوط بها اكثر من الفترة المعقولة التي تمليها طبيعة هذه الاعمال اعتبر ذلك من الاخطاء المرفقية التي تستوجب مسؤولية الادارة الذاتية اذا ماترتب عليه ضرر، وتعد هذه احدث الحالات التي اخذ بها قضاء مجلس الدولة الفرنسي^(٢٧٦) وهي لا تعني ان القانون قد حدد للادارة ميعاد معين لاداء خدماتها بحيث تعد مرتكبة للخطأ اذا لم تؤد خلالها خدماتها، اذ ان هذا يعد امتناعا عن اداء الخدمة فيندرج تحت الحالة الثانية للخطأ المرفقي المار ذكرها.

فاذا كان اختيار الوقت هو من اهم عناصر السلطة التقديرية الادارة أي انه لا يمكن ان يعتبر سببا للالغاء، فان مجلس الدولة الفرنسي قد اخضع هذه السلطة لرقابته في قضاء التعويض حرصا منه على حقوق الافراد و حرياتهم، فالادارة تملك في قضاء التعويض سلطة تقديرية واسعة لاتملكها في قضاء الالغاء، لها الحق في اختيار وقت تدخلها، وتحديد الحالة التي تستوجب ان تتدخل عندها، وكذلك الوسيلة التي تلجأ اليها لمواجهة الحالة، فالقانون لم يلزمها بشئ في هذا المجال. وهذا ما حدا بالفقهاء الفرنسيين ان يطلقوا على هذه الحالات تسمية جديدة وهي (التعسف في استعمال الحقوق الادارية) لتكون قائمة الى جانب نظرية (التعسف في استعمال السلطة او الانحراف بالسلطة) المعروفة في مجال القانون المدني^(٢٧٧).

(٢٧٤) انظر في هذا الشأن د. عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص ١٥٤ و د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري، المصدر السابق،

ص ١٤٣.

(٢٧٥) رجع بصدد الاحكام- د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٣٣٥ و د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق،

ص ٢٣٠.

(٢٧٦) د. محمود حلمي، ص ٢٣١- د. محمود عاطف، المصدر السابق، ص ٢١٤.

(٢٧٧) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري- الكتاب الاول- قضاء الالغاء، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، ١٩٧٥،

ص ١٣٨- وانظر ايضا استنادا د. عبد الرحمن رحيم عبدالله، بحثه الموسم مسؤولية الادارة القصيرية على اساس الخطأ، المرجع

السابق، ص ٢٠.

ومما يجدر قوله هنا ان تباطؤ الادارة يقصد به التباطؤ غير العادي الخارج من حدود المؤلف اما التأخير العادي او البسيط فلا يمكن ان يكون سببا في قيام مسؤولية الادارة^(٢٧٨).

ومن احكام مجلس الدولة الفرنسية التي استند فيها الخطأ الى هذه الحالة، مسؤولية الادارة في الرد على طلبات الافراد، ومسؤولية مرفق الجيش عن تأخره في تسريح متطوع في الجيش رغم طلب والده ببطلان تطوع نجله لعدم موافقته عليه مما كان يشترط لصحة التطوع^(٢٧٩). وكذلك مسؤولية الادارة في تأجيل تنفيذ حكم قضائي غير مبرر قانوني، ومسؤوليتها عن التأخر في الموافقة على اصلاح و ترميم سقف بناء من الآثار التاريخية وباطائها في ارسال طلبية^(٢٨٠).

الفرع الثاني-درجة جسامة الخطأ المرفقي الموجبة لمسؤولية الادارة:-

من المعروف ان قضاء مجلس الدولة الفرنسي، و على خلاف القضاء العادي لا يكتفي للحكم بمسؤولية الادارة ان يشوب اعمالها خطأ، وانما يشترط ان يتصف الخطأ بدرجة معينة من الجسامة وهذا يقتضي منه الا ينظر الى الموضوع من زاوية مجردة، وانما عليه ان يفحص كل حالة على حدة، وان يأخذ في الاعتبار مختلف العوامل المؤثرة فيها، ليقرر ما اذا كان الخطأ المدعى بوقوعه يستوجب قيام مسؤولية الادارة عنه او لا يستوجب ذلك بعكس القضاء العادي الذي يصنع معيارا جامدا ليقاس بموجبه الخطأ المدعى بوقوعه^(٢٨١).

ومما يذكر ان استلزام درجة معينة من الجسامة في الخطأ يجد اساسه الاول في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Rotchild سنة ١٨٥٥ ومن ثم حكم محكمة تنازع الاختصاص في قضية Blanco عام ١٨٧٣، و اللذين قد اشارا الى ان مسؤولية الادارة عن الاضرار التي تلحق الافراد بفعل الاشخاص الذين تستخدمهم في المرافق العامة ليست عامة ولا مطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتعدد وفقا لحاجات المرفق وضرورة التوفيق بين المصلحة العامة ومصلحة الافراد^(٢٨٢) و المعلوم ان الفرق بين الاخطاء لا يتعدى عن كونه فرقا في درجة الجسامة وفقا لتقدير القاضي وما يستخلصه من وقائع الدعوى، وليس فرقا في الطبيعة الذاتية لكل منها. فالتمييز بين الاخطاء البسيطة و الاخطاء الجسيمة هو تمييز استقرائي (تجريبي) وليس تحكيميا فالقول بان

(٢٧٨) د. محسن خليل، المرجع السابق، ص ٥٨٧.

(٢٧٩) د. محمد فؤاد منها، حقوق الافراد آزاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص ٣٩٩-د. محمود عاطف، المصدر السابق،

ص ٢١٥.

(٢٨٠) Andre de laubadere, op. cit. P.708, No.1231.

(٢٨١) د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٦٨-٦٩.

(٢٨٢) Andre de laubadere, op.cit.p.701, No.1223.

لخطأ البسيط هو الخطأ الذي لا يرتكبه موظف حريص أو كفوء، و الخطأ الجسيم هو خطأ الذي لا يرتكبه موظف معتدل الحرص أو متوسط الاهتمام أو الكفاءة أما هو تعريفات مجردة لا يمكن بها التمييز بين الأخطاء الادارية لاستلزامها التعرف اولا على ماهية تلك الأخطاء التي لا يقع فيها الموظف الحريص أو ذلك المتوسط الحرص^(٢٨٣)، ومع ذلك فإن الأخطاء الادارية التي تستوجب المسؤولية عنها ينبغي ان تتضمن درجة من الجسامة وهي مختلفة، وان اشتراط مجلس الدولة لتلك الجسامة يرجع الى رغبته لتخفيف من النتائج الضارة لمسؤولية الادارة من ناحيتين - احداها هو ضمان حسن سير المرافق العامة حتى لا يؤدي الخوف من المسؤولية الى شل نشاط الادارة، والاخرى تتعلق بالجانب المالي للادارة لكي لا تنوء الخزانه العامة بأعباء اضافية ترهقها وتسبب لها خسارة^(٢٨٤).

وجسامة الخطأ تختلف بحسب ما اذا كانت مسؤولية الادارة عن الاعمال المادية او عن قراراتها، ففي حالة المسؤولية عن القرارات الادارية تتأثر الجسامة بطبيعة العيب الذي يشوب القرار ويجعله غير مشروع وأوجه عدم المشروعية متعددة، اما في مجال المسؤولية عن الاعمال المادية فان تقدير جسامة الخطأ يتأثر بعوامل عديدة يرجع بعضها الى المرفق ذاته، وبعضها الاخر يتعلق بالمضروور و موقفه من المرفق العام^(٢٨٥) وهذا ما سوف نستعرضه تباعا في مقصدين متتاليين.

- المقصد الاول -

درجة جسامة الخطأ المرفقي بالنسبة للاعمال القانونية (القرارات الادارية)

الاصل في القرارات الادارية في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، خضوعها لرقابة القضاء بمظهريها الالغاء والتعويض، اذ يوجد الى جانب جهة القضاء العادي جهة أخرى تفصل في المنازعات الادارية وتختص بالغاء القرارات الادارية غير المشروعة وهي جهة القضاء الاداري ولكن قد تتحقق الرقابة القضائية للقرارات الادارية في نطاق اضيق و تقتصر على مظهر واحد من مظهري الرقابة القضائية، هو قضاء التعويض فحسب وهو ما يؤخذ به في دول ذات النظام القضاء الموحد^(٢٨٦)، لذا فان القضاء

^(٢٨٣) Rene Chapus, op.cit, p.357, No.355.

^(٢٨٤) أنظر د. عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص ٣٥٥.

^(٢٨٥) Andre de laubadere, p.702, No.1234.

^(٢٨٦) د. محمود محمد حافظ، القرار الاداري، دار النهضة العربية، ١٩٧٥، ص ١٢٣.

الاداري في كل من فرنسا ومصر قد جرى على اعتبار عدم المشروعية في القرار الاداري شرطا اساسيا للحكم بالغائه، الا انه لايعتبر سببا كافيا للحكم بالتعويض في كل الاحوال^(٢٨٧)، ومع ذلك فان أوجه عدم المشروعية في القرار الاداري لا تتعدى عن عيوب (الشكل، والسبب، والاختصاص والمحل والغاية) فهذه العيوب كما تكون سببا للإلغاء تكون مصدرا للمسؤولية^(٢٨٨). وفي هذا ذهبت المحكمة الادارية العليا المصرية في إحدى أحكامها الى "ان المشروع قد جعل منطوق مسؤولية الادارة عن القرارات الادارية التي تسبب ضرار للغير وقوع عيب في هذه القرارات من العيوب المنصوص عليها قانونا، فاذا انتفى هذا العيب فلا مسؤولية على الادارة مهما ترتب على القرار من اثر اضر بالافراد"^(٢٨٩) كما يذكر الاستاذ Delbez " ان المسؤولية في مجال القرارات الادارية لا تتولد الا اذا تحققت عدم المشروعية فتجاوز حد السلطة هو الشرط الاساسي لها"^(٢٩٠) ويؤكد هذا المبدأ العميد Duez بقوله^(٢٩١) " ان عدم المشروعية التي تصيب القرار الاداري يتمثل في الخطأ لذا كان من الواجب احترام مبدأ المشروعية حتى لا تتولد مسؤولية الادارة عن مخالفة هذا المبدأ".

وعموماً فان عدم مشروعية القرار الاداري هو خطأ مرفقي، لان الادارة ملزمة باحترام القانون، فان قام الموظف بإصدار قرار غير مشروع، تكون الادارة بذلك قد خالفت مبدأ المشروعية في مجال اعمال الادارة فلا بد ان تقرر مسؤوليتها.

غير ان مجلس الدولة الفرنسي وتبعه مجلس الدولة المصري لم يحكم بمسؤولية الادارة عن جميع أوجه عدم المشروعية على حد سواء، وانما اشترط في عدم المشروعية ان يكون جسيماً، وبذلك اصبح بعض أوجه عدم المشروعية كافياً لقيام مسؤولية الادارة عنها وبعضها الآخر غير كاف لقيامها.

وسيقصر بحثنا على القرارات الادارية الفردية ولا نتطرق الى القرارات التنظيمية لأن الأصل عدم مسؤولية الادارة عنها ذلك لان موضوعها عام، أي انها تقرر قاعدة عامة ومن شأنها التأثير في المراكز القانونية الموضوعية العامة^(٢٩٢). لذا فاتنا سنعرض أوجه عدم المشروعية في القرار الاداري ومسؤولية الادارة عنها وسنبحث

(٢٨٧) من هنا يتضح تباين موقف مجلس الدولة الفرنسي أزاء القرار الاداري بالنسبة لقضاء الالغاء عنه لقضاء التعويض، فيما يعتبر جميع أوجه عدم المشروعية مصدراً لالغاء القرار الاداري، تجده لا يحكم بالتعويض عنه الا احوال خاصة وبشروط معينة.

راجع د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٢٥٥.

(٢٨٨) د. محمد فؤاد منها، حقوق الافراد أزاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص ٤٠٠.

(٢٨٩) المصدر السابق، ص ١.

(٢٩٠) حكم محكمة الادارة العليا رقم ١٥٦٥ م ٢ ١٩٧٥ - عبدالمعتم حسني، مدونة التشريع والقضاء...، ٢.

(٢٩١) مشار اليه في د. محسن خليل، القضاء الاداري البناني، المصدر السابق، ص ٥٩٧.

(٢٩٢) نقلا عن د. سليمان الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٦٩.

(٢٩٣) أنظر د. عبدالرحمن نورجان، المصدر السابق، ص ١٢ - د. سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء الاداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، ١٩٧٢، ص ٦٩٧.

فيه جانب قضاء التعويض فقط دون قضاء الالغاء التزاما باطار البحث، وذلك في خمس فقرات متتالية، وعلى النحو الآتي:-

اولا- عيب المحل (مخالفة القانون) Violation de la loi :-

المقصود بعيب المحل هو مخالفة محل القرار الاداري احدى القواعد القانونية سواء اكانت قواعد مدونة كالدستور او التشريع او غير مدونة مستمدة من العرف او القضاء^(٢٩٣) ويمكننا درج العديد من الحالات تحت هذا المفهوم منها:-

١- مخالفة القرار لقاعدة "حجية الشئ المقضى به" ففي هذه الحالة تكون المخالفة جسيمة، اذ ان الادارة تخل هنا بقاعدة اساسية تتطلبها ضرورة استقرار الحياة الاجتماعية في الدولة، فيقضى مجلس الدولة هنا بمسؤولية الادارة باستمرار لأهمية الاحكام القضائية في ضمان النظام في المجتمع^(٢٩٤) وهذه الحالة بدورها تتضمن صورتين، او لهما ان ترفض الادارة الاحكام القضائية الصادرة ضدها، و تعد هذه اقصى درجات عدم المشروعية لان موقف الادارة هذا سيؤدي الى اهدار كل قيمة قانونية وسياسية لأحكام القضاء، و نظراً لخطورة هذا الوضع فان مجلس الدولة قد قرر مسؤولية الموظف الشخصية الى جانب مسؤولية الادارة عن الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة ضد الادارة، و بهذا الصدد اصدرت المحكمة الادارية العليا المصرية في ٤ يناير ١٩٥٢ احكاماً قررت فيه ان اصرار الوزير على عدم اعادة الموظف الى وظيفته على اثر ما قضى به مجلس الدولة من الغاء قرار الاحالة على التقاعد انما هو تجاهل لقوة الشئ المقضى به فيعد ذلك خطئاً جسيماً يوجب مسؤولية الادارة، اما الصورة الثانية فتتمثل في امتناع الادارة عن القيام بواجبها في المعاونة على تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة لمصلحة بعض الافراد، فمجلس الدولة الفرنسي كان يحكم باستمرار مسؤولية الادارة عنه عندما كان الامتناع عن تنفيذ الحكم دون مبرر^(٢٩٥).

٢- مخالفة القانون نتيجة دوام الامتناع عن تطبيق القانون او اللائحة- فكان مجلس الدولة الفرنسي يحكم بمسؤولية الادارة عندما يكون الامتناع لامبرر له سواء من الوجهة القانونية او مستلزمات السياسة الادارية و المصلحة العامة^(٢٩٦).

٣- مخالفة القانون بسبب الخطأ المباشر في تطبيق القانون- و كذلك عندما تتجاهل الادارة القاعدة القانونية كلياً وتتصرف بخلافها، فمخالفة القانون هنا تكون على بينة و عمد من قبل الادارة، كان يعين الرئيس الاداري موظفاً وهو على علم بأن

(٢٩٣) حمدي ياسين عكاشة، القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٧، ص ٤٥٥.

(٢٩٤) أنظر د. سليمان الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٦٩- د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني.

المصدر السابق، ص ٦٠٠.

(٢٩٥) د. سعاد الشقراوي، المصدر السابق، ص ٢٥٦- د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ١٥٣.

(٢٩٦) د. حسين عثمان، القانون الاداري، ط ١، دار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨، ص ١٢٦.

الموظف تنقصه بعض الشروط الواجب توافرها^(٢٩٧)، أو امتناع أحد المحافظين بلا مبرر عن منح تصريح لأحد الأفراد بعد استيفاء شروطه^(٢٩٨)، و استبقاء أحد المواطنين في الخدمة العسكرية على خلاف القانون^(٢٩٩).
ويجدر القول هنا ان الأفراد لا يحق لهم الاستناد في دعوى التعويض الى مخالفة الإدارة للقواعد القانونية المقررة لصالح الإدارة نفسها^(٣٠٠).

٤- مخالفة المبادئ العامة للقانون - ليس المقصود بالمبادئ العامة للقانون، المبادئ الدستورية أو فوق الدستورية^(٣٠١)، أو قواعد العدالة أو القانون الطبيعي، وإنما المقصود به تلك المبادئ العامة التي استخلصها القضاء الإداري ورسم تفاصيلها وحدد مداها ومن ثم طبقها باعتبارها مصدراً من مصادر المشروعية لا يجوز مخالفتها فهي من الناحية الشكلية من وضع القضاء الإداري، ومن الناحية الموضوعية قواعد عامة مجردة كالتشريع، وتتضمن معظم المبادئ الأساسية للقانون الإداري، فتعد بذلك من المصادر غير المكتوبة للقانون تقررها هيئة من هيئات الدولة وهي القضاء الإداري، ومنها مخالفة القرار الإداري لمبدأ وجود حريات فردية لا يملك ان يقيد بها إلا المشرع وتحصل في صورة اعتداء على تلك الحرية كالقبض التعسفي على الأفراد، ومخالفة مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، ومساواتهم أيضاً في الانتفاع بالخدمات العامة، وكذلك مخالفة القرار الإداري لمبدأ مساواة المواطنين في تحمل اعباء الضرائب^(٣٠٢)، ومن احكام القضاء الإداري المصري بهذا الشأن، حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٠ نيسان ١٩٧١ قضى فيه بتعويض المدعية عن الضرر المترتب عن القرار الإداري الذي ألزمها سنوياً والى

(٢٩٧) د. محمود حلمي، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ١٦٨.

(٢٩٨) حكم مجلس الدولة الفرنسي، ٣ حزيران ١٩٤٤ - مجموعة، ص ١٨٩، - نقلاً عن د. سليمان الطماوي، القضاء

الإداري، ...، ص ١٥٥.

(٢٩٩) حكم مجلس الدولة الفرنسي، ٣٠ ايلول ١٩٥٥، - مجموعة دالوز ١٩٥٦، ص ٧٦ - د. سايغان الطماوي، دروس في القضاء

الإداري، ص ٧٠.

(٣٠٠) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، ...، ص ١٥٥، - د. محمد رفعت، و د. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، القضاء الإداري،

مكتب العربي للطباعة، ١٩٨٨، ص ٥٥٣.

(٣٠١) يقصد بالمبادئ فوق الدستورية تلك المبادئ التي لا يجوز لواضعي الدستور مخالفتها، وهي قد تكون قواعد القانون الدولي

ومثالها عدم جواز حرمان الأفراد من الحد الأدنى من الحقوق والحريات المسلم بها، أو قد تكون قواعد محلية استقرت في ضمير الأفراد عبر أجيال ولا يمكن للدستور مخالفتها.

وقد قامت بعض الحكومات بصياغة المبادئ فوق الدستورية في وثيقة كما هو الحال بالنسبة لإعلانات الحقوق التي صارت فيما بعد بمثابة توجيه للهيئات التشريعية لتلزم بها التزاماً سياسياً وليس قانونياً.

راجع بهذا الشأن - د. محمد سعيد مجذوب، المصدر السابق ص ٨ ص ٩ - د. محمود حلمي القضاء الإداري، المصدر السابق، ص

١٥٦، - د. عبدالمنعم البدراري، المصدر السابق، ص ١٦٨.

(٣٠٢) في هذا الصدد انظر د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الالغاء، دار الفكر العربي،

١٩٧٦، ص ٨٠٥ وما بعدها - حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، ص ٤٥٧.

نهاية الربط بإداء ضرائب غير مقررة قانوناً نشأت عن تلك الزيادة الخاطئة في وعاء الضريبة^(٣٠٣).

ثانياً - عيب الغاية (الاحراف بالسلطة) Le detournement de pouvoir :-

يتوجب على الموظف ان يسعى بما يصدره من قرارات ادارية تحقيق الغرض الذي حدده المشرع وهو تحقيق المصلحة العامة. ولكن قد يحدد القانون غرضاً معيناً للقرار الاداري يلزم الموظف عدم الخروج عليه فإذا حاد عن ذلك وسعى الى تحقيق غرض آخر غيره اصبحت قراره غير مشروع ووجب الغاؤه فسلطة اصدار القرارات التي منحها القانون للموظف لا تجد لها من اساس يبررها سوى تحقيق المصلحة العامة^(٣٠٤). والمستقر في الفقه الاداريين ان عيب الاحراف بالسلطة يكون، باستمرار، مصدراً للمسؤولية اذا ما نتج عنه ضرر وكانت الادارة قد استعملت فيه السلطة التقديرية المقررة لها قانوناً، لان هذا الخطأ لا تبرره السلطة التقديرية المقررة لها قانوناً، لأن هذا الخطأ لا تبرره السلطة التقديرية للادارة مهما كانت الظروف، لطبيعتها الخاصة بالنسبة للمسؤولية^(٣٠٥).

ويتحقق الاحراف بالسلطة في صورتين، الاولى تسمى "مجانبة المصلحة العامة، ويكون الموظف فيها قائماً باستعمال سلطته لتحقيق اغراض لا تتعلق بالمصلحة العامة ومن امتثلتها استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي او انشاء احدى الوظائف الادارية دون مصلحة فيها سوى ايجاد عمل لأحد الاشخاص^(٣٠٦)، وفي هذا قضت محكمة القضاء الاداري المصري بانه "اذا كان من بين ظروف وملابسات صدور قرار نقل المدعي انه لم يهدف الى تحقيق مصلحة عامة وإنما قصد به افادة شخص معين بذاته هو الخصم الثالث الذي حل محل المدعي في وظيفته وذلك بغية ترقية الى الدرجة الاولى، و من ثم يكون هذا القرار مشوباً بعيب اساءة استعمال السلطة^(٣٠٧). ويدخل ضمن هذه الصورة ايضا استعمال السلطة الادارية بقصد الانتقام، كما لو قامت الادارة

(٣٠٣) حكم محكمة الادارة العليا في قضية رقم ٨٧٩ لسنة ١١٢ القضائية - مشار اليه في مؤلف د. ماجد راغب الحلو ،

المصدر السابق، ص ٥٠٥ - وانظر ايضاً د. محمد رفعت عبدالوهاب ود. احمد عبدالرحمن شرف الدين، المصدر السابق، ص

٥٥٤.

(٣٠٤) انظر خضر عكوي يوسف، موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الاداري، ط ١، مطبعة الحوادث، بغداد

١٩٧٦، ص ٣٤٦.

(٣٠٥) راجع بهذا الصدد - د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ١٧٠ - ١٧١ - د. ابراهيم الفياض،

المصدر السابق، ص ٢٤٦.

وفي هذا يعرف د. الفياض السلطة التقديرية للادارة بانها "سلطة التصرف الحر تتمتع بها الادارة فيما تصدره من قرارات في مواجهة ظروف معينة دون ان تكون مقيدة في سلوك اتجاه محدد. او ان يجرها المشرع بين سلوك اتجاه من بين عدة اتجاهات - انظر مؤلفه السابق، نفس المكان .

(٣٠٦) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٥ آذار ١٩٥٤ - نقلاً عن د. ماجد راغب، ص ٤٠٩.

(٣٠٧) حكم محكمة القضاء الاداري المصري في ١٥ حزيران ١٩٥٣، رقم القضية ٦٤٤ لسنة ٦١ - د. ماجد راغب، ص ٤١٠.

بفصل احد العاملين للتخلص منه بعد ان التجأ الى القضاء واستصدر حكماً بالغاء قراراتها، او ان تستخدم السلطة الادارية لغرض سياسي او لادراك هدف حزبي، كإصدار احد الوزراء قرار بفصل موظف لأنه ينتمي الى حزب سياسي معارض^(٣٠٨).
اما الصورة الثانية للانحراف بالسلطة فتسمى بالانحراف البسيط، كأن يسعى الموظف الى تحقيق غرض لصالح الادارة لم يخوله القانون صلاحية القيام به ، ويسمى هذا بمخالفة مبدأ "تخصيص الاهداف" ووفقا لذلك يكون الموظف مرتكباً لخطأ عمدي تستوجب مسؤوليته عنه^(٣٠٩).

يتبين مما سبق ان القضاء الاداري يحكم باستمرار بمسؤولية الادارة عندما يشوب قراراتها عيب الانحراف بالسلطة لخطورة هذا العيب في مجال اعمال الادارة، كما يقول دويز "اني لم اجد حكماً واحداً اقر فيه مجلس الدولة بقيام عيب الانحراف ورفض ان يحكم بالتعويض عن ذات العيب"^(٣١٠).

ثالثاً - عيب الاختصاص والسبب :-

عيب الاختصاص (عدم الاختصاص) هو عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من سلطة هيئة او فرد آخر^(٣١١) وتحديد قواعد الاختصاص من عمل المشرع، وعلى الموظف التزام حدود الاختصاص كما قررها المشرع صراحة او ضمناً، وتعتبر هذه القواعد من النظام العام لا يجوز الاتفاق على تعديلها او مخالفتها^(٣١٢).
وقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على عدم تقرير مسؤولية الادارة عن عيب الاختصاص على اطلاقها، مما حمل الفقه الى محاولة التفرقة بين انواع عدم الاختصاص ليتمكن من استخلاص قاعدة يمكن اعتمادها في هذا المجال، وفي ذلك ذهب العبد Duze الى التمييز بين عدم الاختصاص الموضوعي (Incompetence ration materis) أي اتيان الموظف لعمل لا يملكه اطلاقاً لا هو ولا المرفق الذي ينتمي اليه، فتعتبر المخالفة في هذه الحالة جسيمة وتتحقق مسؤولية الادارة بسببها، وبين عدم الاختصاص الشخصي (Incompetence ration persone) أي عندما يكون القرار الاداري قد صدر عن موظف بدلا عن موظف آخر وعدم المشروعية في هذه الحالة يكون اقل جساماً من الحالة الاولى فلا تكفي مسؤولية الادارة عنها لأن الضرر كان من الممكن ان يصيب الفرد بناء على ذات القرار لو صدر عن الموظف المختص^(٣١٣).

(٣٠٨) بصدد هذه الاحكام انظر د. حسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق، ص ٥٩٧.

(٣٠٩) د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص ٤١٠.

(٣١٠) اشير الى هذا الرأي في مؤلف د. محمد الشافعي ابو راس، المصدر السابق، ص ٢٨٦.

(٣١١) د. ماجد راغب الحللو، المصدر السابق، ص ٣٦٣.

(٣١٢) د. حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، ص ٤٤ - د. محمود محمد الحافظ، المصدر السابق، ص ١٣٢.

(٣١٣) Duez, la responsabilité de la puissance publique, 1938, P. 66.

نقلا عن د. سلمان الطماوي، القضاء الاداري، قضاء التعويض... المصدر السابق، ص ١٥٩.

وينتقد الاستاذ Weil ما ذهب اليه العميد Duez في ان عيب الاختصاص الموضوعي يعقد مسؤولية الادارة لتضمنه على درجة عالية من الجسامة بعكس عيب الاختصاص الشخصي، حيث قال بصدد هذا التمييز بانه يبدو مخالفاً لحقيقة القضاء الفرنسي اذ ان مجلس الدولة الفرنسي يحكم على الدوام بمسؤولية الادارة التقصيرية عندما يكون القرار الاداري معيباً بغيب عدم الاختصاص دون اعتماد هذا التمييز.

الواضح من هذا ان الاستاذ Weil يعتبر عدم مشروعية الاختصاص في القرار الاداري في جميع الحالات كافياً لقيام مسؤولية الادارة عنه^(٣١٤).

اننا نميل الى ما ذهب اليه الاستاذ Duez من التفرقة بين وجهي عدم مشروعية الاختصاص لانه الرأي الاقرب الى الصواب واكثر انسجاماً مع مسلك القضاء الاداري الفرنسي، اذ ان هذا القضاء يقتصر في بعض احكامه على الغاء القرار الاداري لعيب الاختصاص دون حكم بالتعويض عنه، في حين يقرر في احكام اخرى له الغاء القرار ومن ثم مسؤولية الادارة عنه استناداً الى جسامة عدم مشروعية الاختصاص المتحققة في كل حالة^(٣١٥) مثاله حكم مجلس الدولة بمسؤولية الادارة عن عيب عدم الاختصاص الموضوعي بصور قرار من العمدة بغير تفويض من المجلس البلدي بتكليف احد المهندسين باعداد خطة لتجميل المدينة^(٣١٦)، وايضا حكمه بمسؤولية الادارة عن قرار فصل احد الموظفين لصدوره عن جهة غير مختصة^(٣١٧)، وعلى خلاف هذه الاحكام نجد ان المجلس الدولة يقضي في احكام اخرى له في رفض التعويض عن قرارات ادارية معيبة بغيب عدم الاختصاص الشخصي، منها خطأ العمدة في تحديد نطاق سلطاته، وكان القرار سليماً من حيث الموضوع، ورفض المجلس الحكم بالتعويض عن القرارات التي اصدرتها جهة الادارة بشأن بعض الموظفين كان المتعين ان تصدره جهة ادارية اخرى مختصة^(٣١٨).

وانتهج مجلس الدولة المصري نهج زميلة مجلس الدولة الفرنسي بخصوص المسؤولية عن عدم مشروعية الاختصاص في القرار الاداري^(٣١٩)، فهو لم يحكم

^(٣١٤) Weil, les consequences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir, 1952, P. 258.

نقلا عن د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق، ص ٦٠٣، - وايضا حمدي ياسين عكاشة، ص ٤٠٥.

^(٣١٥) قريب من هذا المعنى انظر د. محسن خليل، ص ١، ص ٦٠٦.

^(٣١٦) نقلا عن د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ١٣٤.

^(٣١٧) حكم مجلس الدولة في ٢٠ نيسان ١٩٣٤ مشار اليه في مؤلف د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ١٦٠.

^(٣١٨) انظر د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٢٧٠-٢٧١ - راجع ايضا حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ايلول

١٩٤٤ في قضية - Bour مشار اليه في مؤلف د. محسن خليل، ص ١، ص ٦٠١.

^(٣١٩) انظر د. سعيد عبد المنعم الحكيم، الرقابة على اعمال الادارة في الشريعة الاسلامية والنظم المعاصرة، ط ١، دار الفكر

العربي ١٩٧٦، ص ٤٨٤ ص ٤٨٨.

بالتعويض عندما كان عيب الاختصاص في القرار لا ينال من صحته موضوعياً فقد قرر انه "لا مسؤولية على الإدارة فيما يتعلق بعيب الاختصاص إذا ما كان الضرر المطالب بالتعويض عنه لاحقاً لا محالة لو ان القرار ذاته صدر من جهة المختصة" (٣٢٠)، كما وقرر محكمة النقض المصرية في احدى احكامها انه "ولما كان ذلك، فان الضرر الذي تدعيه الطاعنة ان صح حصوله كان سيلحقها لا محالة سواء عن طريق القرار الوحيد المعيب او القرار السليم، فليس لها ان تطلب تعويضاً عن هذا الضرر استناداً الى عيب الاختصاص الذي شاب القرار الاول، لإنتفاء رابطة السببية بين هذا العيب وبين الضرر في هذه الحالة" (٣٢١).

اما ما يتعلق بعيب السبب فيعرف بانه "الحالة الواقعية او القانونية التي تدفع الى اصدار القرار الاداري" فقضاء مجلس الدولة الفرنسي ويتبعه في ذلك مجلس الدولة المصري يقرر في بعض احكامه مسؤولية الإدارة عن عيب السبب في القرار الاداري، بينما يرفض التعويض في احكام اخرى، فموافقه ازاء هذا العيب يشوبه الغموض، الا ان الرأي الراجح في الفقه الفرنسي يؤكد ان عيب السبب لا يولد دائماً مسؤولية الإدارة، وان كان يعمل على إلغاء القرار، اذ ان مجلس الدولة الفرنسي يعتمد درجة جسامه الخطأ الكامن في عدم مشروعية السبب ليقرر التعويض عنه، وفقاً لكل حالة على حدة دون صياغة مبدأ عام بهذا الشأن (٣٢٢). اما الاتجاه الحديث بالنسبة للقضاء الاداري المصري، فانه يرجح مبدأ التعويض عن الاضرار المترتبة عن القرارات الادارية المعيبة بعيب السبب فقد قضت محكمة لقضاء الاداري في ١٩ حزيران ١٩٧٤ بانه متى كان هذه المحكمة قد انتهت الى الحكم بإلغاء القرار... لعدم قيامه على اسباب... تبرره وتنتجه.. فان ركن الخطأ يكون متحققاً... ولا ريب ان هذا القرار قد ألحق الضرر بالمدعي... فان جميع اركان المسؤولية عن القرار الاداري غير المشروع قد توافرت (٣٢٣).

رابعاً - عيب الشكل

عيب الشكل في القرار الاداري هو مخالفة الإدارة وعدم احترامها بصورة كلية او جزئية للقواعد الاجرائية والشكلية الواجب اتباعها في اصدارها لتلك القرارات (٣٢٤).

(٣٢٠) حكم محكمة القضاء الاداري في ٢٤ حزيران ١٩٥٣ - قضية رقم ١١٣٢، السنة خامسة - نقلا عن د. ماجد راغب، المصدر السابق، ص ٥٠٦ - وانظر ايضا، د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، دار الفكر العربي، بلا سنة طبع، ص ٣٤٧.

(٣٢١) حكم محكمة النقض، الصادر في ٣١ مايو ١٩٦٢ - نقلا عن د. محمود حلمي، ص ٢٦٠.

(٣٢٢) راجع بهذا الصدد، د. ماجد راغب الخلو، المصدر السابق، ص ٥٠٧ - ود. محمد فؤاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص ١٢٢.

(٣٢٣) حكم محكمة القضاء الاداري في قضية رقم ١٥١ وقضية رقم ٢٠٧ لسنة ٢٧ قضائية - مشار اليه في د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٢٦٠.

(٣٢٤) انظر د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٢٧١ ود. محمود حافظ، المصدر السابق، ص ١٣٨.

والهدف من قواعد الشكل هو رعاية وتحقيق اعتبارات المصلحة العامة^(٣٢٥). ويرجع مر تحديد قواعد الشكل في القرار الإداري الى التشريع او اللوائح او القواعد الادارية التي يقرها القضاء الإداري^(٣٢٦). وان كان عدم مشروعية الشكل في القرار الإداري كفيًا لإلغائه امام القضاء الإداري، الا انه لا تولد مسؤولية الإدارة لذا بدأ الفقه بمحاولة وضع ضوابط يمكن بواسطتها الاهتداء الى درجة عدم مشروعية الشكل اللازم لقيام لمسؤولية، فأقام الفقيه Duez معياره في هذا الشأن استناداً الى موقف مجلس الدولة ليمثل بعدم تقرير مسؤولية الإدارة الا في الاحوال التي يكون فيها الشكل اساسياً اما ذا كان الشكل ثانوياً وانه كان بمقدور الإدارة اعادة تصحيح شكل القرار فلا يكون هناك محل للتعويض. وبناءً عليه فان معيار دويز قد يطابق مسلك مجلس الدولة الفرنسي بخصوص عيب الشكل، اذ يقول بأنه وان كان عيب الشكل الاساسي فيها كافي لإلغاء لقرار الإداري فلا يكون كذلك بالنسبة للتعويض عنه وعلى الاخص عندما تتمكن الإدارة بعد الحكم بعدم مشروعية القرار - من اعادة تصحيح وجه عدم المشروعية فوراً وبحرية كاملة، اما عند عدم تمكنها من تصحيح القرار فان مسؤوليتها تقوم ازاءها، من ثم فانه وصف معياره هذا بأنه مجرد توجيه قد يصدق احياناً ويخيب في احيان أخرى بسبب عدم ثبات مسلك مجلس الدولة الفرنسي على أسس وقواعد محددة^(٣٢٧).

ووفقاً لهذا المعيار فقد تم تقسيم عيب الشكل في القرار الإداري الى ثلاثة انواع، لأول عيب الشكل الثانوي ولا يكون سبباً في الإلغاء او التعويض، والثاني عيب الشكل لاساسي او الجوهري ويؤدي الى الإلغاء دون التعويض الثالث عيب الشكل الجوهري ويكون سبباً في الإلغاء والتعويض^(٣٢٨).

ويؤكد الفقيه "Waline" ان المسؤولية لا تتعقد بالنسبة للقرارات الادارية التي بطلت لعيب الشكل اذا امكن تبرير هذه القرارات الباطلة.

ويرى د. محسن خليل ضرورة نظر القضاء الى درجة الخطأ، فان وجد ان الخطأ لذي يتضمنه شكل القرار متصفة بالجسامة جاز التعويض عنه والا فانه يكون في وسع لقضاء رفض التعويض بالرغم من الغاء القرار او بطلانه^(٣٢٩). ومن احكام مجلس لدولة الفرنسي بخصوص عيب الشكل، حكمه بتعويض احد الموظفين لفصله من غير استشارة مجلس التأديب مقدماً لان هذه الشكلية اساسية، كما قضى بخصوص عيب لشكل الثانوي بان "الغاء القرار سببه عدم اتباع الاجراءات المنصوص عليها في نمادة (٢١) من قانون ١٥ شباط ١٩٠٢، فان هذا لا يؤدي بذاته الى توليد مسؤولية

^(٣٢٥) اذ ان قواعد الشكل في القرار الإداري تتيح للدائرة مجالاً للتدبر والتروي وبالتالي يقل احتمال خطئها وتضرر الافراد سببها ومن ثم عدم تحميل الخزانة العامة اعباء التعويض عن اخطائها، فبالاشك ان مصلحة الاطراف متحققة في ذلك -انظر د.

خيمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، المصدر السابق، ص ٢٨٧.

^(٣٢٦) خضر عكوي يوسف، المصدر السابق، ص ١٧٧.

^(٣٢٧) د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٧٣- د. ماجد راغب، المصدر السابق، ص ٣٨٨.

^(٣٢٨) د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، المصدر السابق، ص ٦٠٣- حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق ص ٤٠١.

^(٣٢٩) د. محسن خليل، المصدر السابق، ص ٦٠٤.

الإدارة" (٣٢٠). غير أن المجلس اتخذ في احكام اخرى له موقفا معتدلا، إذ رفض الحكم بالتعويض عن الضرر الحاصل نتيجة عدم مشروعية الشكل، ولكنه الزمها بمصاريف الدعوى لثبوت خطأ في جانبها (٣٢١). كما قررت محكمة القضاء الإداري المصري أن "عيب الشكل لا يكون مصدرا لمسؤولية الإدارة بالتعويض ما لم يكن مؤثرا في موضوع القرار" (٣٢٢)، وهنا نتساءل عن اثر الاستيفاء اللاحق لشكل القرار على مسؤولية الإدارة، وما إذا كان ممكنا تصحيح القرار بعد الحكم بعدم مشروعيته؟ في الاجابة على ذلك يجب اخذ وجهي عدم مشروعية الشكل للقرار بنظر الاعتبار فان كان القرار الإداري قد صدر معيبا بعيب الشكل الثانوي فان أمر تصحيحه لاستيفاء الشكل القانوني الصحيح لا اهمية له لان القضاء الإداري لا يرتب البطلان أو المسؤولية في هذه الحالة، ولكن الصعوبة تكمن في امكانية الإدارة بعد اصدارها لقرار معيب بعيب الشكل الاساسي من تصحيحه، وهنا اختلفت آراء الفقهاء. فذهب رأي (٣٢٣) الى أنه لا يجوز للإدارة أن تقوم بتصحيح الاجراءات والشكليات في القرار الإداري بعد صدوره، لأن ذلك يستوجب أن يكون للاجراء المصحح اثر رجعي يمتد برجعته ليصحح القرار المعيب منذ ان صدر، وهذا يناقض مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية. ومن جانب آخر فان افساح المجال للإدارة بتصحيح عيب الشكل في القرار بعد صدوره سوف يجعلها لا تكثر بالاجراءات الشكلية لصدور القرار وان لا تهتم بها نظرا لإمكانية التصحيح اللاحق، فتفقد بذلك شرط الشكل في القرار الإداري كل قيمة قانونية له.

يذهب رأي الآخر (٣٢٤)، الى أنه يمكن للإدارة تصحيح عيب الشكل بعد صدور القرار تجنباً لإلغائه وتقاديا للمسؤولية عنه. ونحن ننضم الى الرأي الاول القائل بوجوب عدم تمكين الإدارة من تصحيح قرارها المعيب شكلا وما اورده من اساتيد لدعمه وهو ايضا يمثل الرأي الراجح على صعيد الفقه والقضاء الإداريين سواء في فرنسا او مصر

(٣٢٠) راجع بصدد هذه الاحكام الدكتور سليمان الطماوي، القضاء الإداري - قضاء التعويض، المصدر السابق، ص ١٦٠-١٦١.

وايضا خضر عكوي يوسف، المصدر السابق/ ص ١٧٨.

(٣٢١) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المصدر السابق ص ٢٨٧.

(٣٢٢) حكم محكمة القضاء الإداري في دعوة رقم ١٤٤٤ - مجموعة المجلس، ص ٣٦٧، مشار اليه في مؤلف ماجد راغب، ص ٥٠٥.

(٣٢٣) من انصار هذا الرأي - الفقه Andre de laubadere في مؤلفه السابق، ص ٤٩٣ - والاستاذ Waline ورد

الإشارة اليه مؤلف د. محسن خليل، ص ٦٠٤ - د. ماجد راغب الحلو، ص ٣٩٧، د. سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء

الإداري، المصدر السابق، ص ٤٨٤ - د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٢٨٧.

(٣٢٤) المتادون هذا الرأي هم -

Bonnard precis elemetaire de droit administratif 4 ed, p. 104.

نقلا عن د. محمد الشافعي، ص ٧٨.

Berlia le vice de forme et le controle de la le galite des actes admini stratif

R.d.p. 1941. P38,

نقلا عن د. ماجد راغب، المصدر السابق، ص ٣٩٧. ومن الفقه العربي - د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، المصدر السابق

ص ٢٧٨.

ونستدل على ذلك بما أقره القضاء الإداري المصري في أنه " لا عبرة بالتحقيق اللاحق نذي أجرته المصلحة لان وكيل الوزارة قد ابدى رأيه قبل معرفة النتيجة التي انتهى إليها التحقيق " (٣٣٥).

يتبين من كل ما تقدم ان القضاء الإداري الفرنسي قد فرق بين أوجه عدم مشروعية المتعددة في القرار الإداري، حيث اعتبر بعض هذه الواجه (عيب مخالفة لقانون وعيب الإحراف بالسلطة) متضمنا في ذاته خطأ له صفة الجسامة، وهي تكفي لقيام المسؤولية عنها، في حين ان الواجهة الأخرى لعدم المشروعية لا تتضمن من الجسامة ما يكون كافيا لثبوت مسؤولية الإدارة عنها دائما فاختلف قضاء مجلس الدولة الفرنسي في تقرير المسؤولية عنها تبعاً لكل حالة على حده وفقاً لدرجة جسامة الخطأ المتحقق في كل حالة.

اما بالنسبة للقضاء الإداري المصري فان مسلكه القديم كان مختلفاً عن مسلك زميله القضاء الإداري الفرنسي، اذ كان يساوي بالنسبة لمسؤولية الإدارة بين جميع أوجه عدم المشروعية في القرار الإداري، ففي الحكم الصادر في ٢٩ نيسان ١٩٥٣ نص على أنه "لا يجوز قصر المسؤولية على حالة الإحراف بالسلطة او ما يعادلها من خطأ جسيم وفقاً لما هو مقرر في فرنسا ولكن يكفي لتقرير المسؤولية في مصر ان يصدر القرار معيباً بأي عيب من عيوب عدم المشروعية وان يترتب عليه ضرر دون تخصيص هذا الحكم بعيب الإساءة وحده" (٣٣٦).

ولكن المسلك الجديد للقضاء الإداري المصري يقترب كثيراً من مجلس الدولة الفرنسي لأنه يفرق بين أوجه عدم المشروعية بخصوص التعويض عن الأضرار التي تلحق بالأفراد بسبب القرار الإداري، فهو يقوم بالتعويض تارة ويرفضه تارة أخرى وفقاً لجسامة الخطأ في كل حالة (٣٣٧)، هذا من الطبيعي ان يتشابه القضاء في مسلكهما ولا سيما ان مجلس دولة المصري يطبق قواعد المسؤولية الإدارية التي صاغها مجلس الدولة الفرنسي الذي يطبقها على ما يعرض عليه من قضايا مسؤولية الإدارة.

اما مسلك القضاء العراقي بخصوص مسؤولية الإدارة عن قراراتها غير المشروعة، فإنه كان يقتصر على الحكم بالتعويض عند تحقق عدم مشروعية صارخة في القرار دون أن تلغها او تعديلها وتكتفى احياناً على الحكم بمنع معارضة جهة الإدارة صاحبة القرار للمضرور. اما محكمة القضاء الإداري الجديد فإنها تقرر التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة - بأوجه عدم المشروعية الخمس - تبعاً لدعوى الإلغاء او التعديل للقرار الإداري، كما سنتناول ذلك بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الرسالة.

(٣٣٥) د. محمد الشافعي، ص ٢٧٨.

(٣٣٦) د. محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الإدارية في تشريعات البلاد العربية، المصدر السابق، ص ١٧٧.

(٣٣٧) بهذا الصدد انظر د. منصور إبراهيم العزم، المصدر السابق، ص ٢٢ - وايضا د. سعاد الشراوي، المصدر

السابق، ص ١١٤ ص ١١٥.

-المقصد الثاني-

درجة جسامه الخطأ بالنسبة للأعمال المادية^(٣٣٨):-
يتمثل الخطأ بالنسبة للأعمال المادية للإدارة في صور متعددة منها العمل غير المشروع والترك والتأخير والاهمال وعدم الاحتياط وعدم التصبر وغيرها^(٣٣٩).
فعندما يقوم المرفق او العاملون فيه بعمل مادي منطبع بصورة من صور الخطأ هذه، فان مجلس الدولة الفرنسي يقرر مسؤولية الإدارة دون ان يتقيد في ذلك بقاعدة محددة، وانما يقدر جسامه الخطأ وفقا لكل حالة على حدة كما سبق القول فيه، متأثرا في تقديره هذا بعوامل عديدة، يرجع بعض منها الى المرفق ذاته والبعض الآخر الى الشخص المضرور^(٣٤٠).
لذا فاننا سنقسم هذا المقصد الى نقطتين، نتناول في الاولى العوامل التي تؤثر في خطأ الإدارة والتي ترجع الى المرفق العام، وفي الثانية سنعرض العوامل التي تتحكم في الخطأ والتي ترجع الى الشخص المضرور.
اولا- فيما يتعلق بالعوامل التي ترجع الى المرفق العام وتؤثر في درجة جسامه الخطأ اللازم لمسؤولية الإدارة.

في هذه الحالة فان قضاء مجلس الدولة الفرنسي يقرر مسؤولية الإدارة عن الاعمال المادية غير المشروع وفقا لإعتبارات عديدة منها:-
١- الصعوبات التي يواجهها المرفق في القيام بخدماته- فكلما كانت الخدمات التي يقدمها المرفق سهلة الاداء، فان مجلس الدولة يتساهل في درجة الخطأ الموجب لمسؤولية الإدارة، اما اذا كانت الخدمات عسيرة الاداء ويستلزمها تحمل صعوبات فسي

^(٣٣٨) سوف نركز دراستنا في هذا المقصد على المبادئ التي استقر عليها قضاء مجلس الدولة الفرنسي بشأن مسؤولية الإدارة عن اعمالها المادية، ولا نتطرق الى القضاء الإداري المصري لكونه حديث العهد بهذا النوع من المسؤولية حيث كان الاختصاص بنظرها وحتى وقت قريب نسبيا لجهة القضاء العادي التي بدورها كانت تطبق قواعد القانون المدني، لذا فان مجلس دولة المصري لم يستقر بعد في احكامه بشأن هذه المسؤولية على مبادئ محددة، فلا بد ان يطبق ما هو معمول به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي. اما الوضع في العراق فاننا ايضا نستعده في مجال دراستنا هنا لانه كما هو معلوم ان القضاء العادي العراقي كان مختصا بنظر قضايا المسؤولية هذه ويطبق باشاغا قواعد المسؤولية المدنية وحتى بعد انشاء القضاء الإداري فيه، فان هذه القضايا لازالت ضمن اختصاص جهة القضاء العادي وتحكمها قواعد المسؤولية المدنية، كما سنرى ذلك عند الكلام عن مسؤولية الإدارة التبعية في المبحث الثاني من هذا الفصل.

^(٣٣٩) د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي- أخطاء- و الضرر، ط١، منشورات عويدات، بيروت- باريس، ١٩٨٣ ص ٢٩.

^(٣٤٠) د. محمد فزاد منها، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة. المصدر السابق، ص ٤٠٠.

لعمل لإتجازها، فإن مجلس الدولة يتشدد في تقدير جسامة الخطأ الذي يرتب مسؤولية الإدارة^(٣٤١).

ويسترشد القضاء في تقديره لصعوبة أداء المرفق لخدماته ببعض المؤشرات منها، مراعاة ظروف الزمان والمكان التي يؤدي فيها المرفق خدماته، فبخصوص ظروف الزمانية فقد فرق مجلس الدولة بين الخطأ المرفقي الذي يصدر عن المرفق في ظروف العادية وبين الخطأ المرفقي الذي يقع في الظروف الاستثنائية، كالحرب والازمات والكوارث، إذ أنه اشترط درجة كبيرة من الجسامة في الخطأ المرفقي في هذه الظروف لتثبت المسؤولية عليه، لأن إدارة المرافق العامة بنفس الكفاءة والدقة لزامتين في الحروب والقلق تكون صعبة أن لم تكن مستحيلة لأنه يتعذر للعاملين في مرافق العامة مراعاة القواعد المنظمة لنشاط هذه المرفق مثل ما تراعى في الظروف العادية. فإذا حلت مثل هذه الظروف التي يقدم فيها المرفق خدمات فلا يؤدي ذلك إلى تخفيف المسؤولية فحسب وإنما يؤدي إلى رفعها بصورة نهائية عن المرفق.

ومن هنا يتبين أن مجلس الدولة الفرنسي يميز بين نوعين من المشروعية في مجال الأعمال الإدارية، مشروعية الظروف العادية ومشروعية الظروف الاستثنائية (مشروعية الازمات). كما ويراعي المجلس عند تقديره جسامة الخطأ المرفقي، ظروفًا أخرى أقل أثرًا من الأولى، كوقت وقوع الخطأ كما لو كان ليلاً أم أنه وقع في أثناء النهار، ويتطلب في الخطأ درجة أكبر من الجسامة عندما يكون الخطأ واقعاً أثناء الليل^(٣٤٢).

أما بخصوص الظروف المكانية فإن مجلس الدولة الفرنسي قد راعى مكان عمل المرفق عند تقرير مسؤولية، فهو يتطلب في الخطأ المرفقي درجة أكبر من الجسامة عندما يؤدي المرفق خدماته في مكان ناء بعيد عن مراكز العمران، وذلك للصعوبات التي تكتنف المرافق العامة عند تأديتها لخدماتها في تلك الأماكن، في حين أنه يكفي بدرجة بسيطة من الجسامة في الخطأ المرفقي لتقرير مسؤولية الإدارة عندما يقوم المرفق بأداء خدماته في المدن والمناطق القريبة منها^(٣٤٣).

ووفقاً لذلك فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية الإدارة عن حبس جندي أجنبي كان يعمل في الجيش الفرنسي أثناء الحرب الثانية، وقد أشار الحكم إلى أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند النظر في مسؤولية الإدارة طبيعة المصالح التي يقوم بها المرفق، والصعوبات الخاصة التي تلازمه والظروف الاستثنائية التي يعمل فيها، ومن ذلك الإجراءات التي يتولاها أثناء الحرب لصالح الدولة وخاصة في مواجهة

(٣٤١) د. عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص ٣٥٦ - د. عبدالحفي بسوي، المصدر السابق، ص ٨٥.

(٣٤٢) راجع هذا الصدد د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، المصدر السابق، ص ٥٨٨ - د. سليمان الطماوي، دروس

في القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٧٣ - د. حسين عثمان، المصدر السابق، ص ١٢٠.

(٣٤٣) انظر د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٣٣٧ - د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري - قضاء التعويض.....

المصدر السابق، ص ١٦٤ - د. محمود عاطف البنا، المصدر السابق، ص ١٦٥.

الاجانب^(٣٤٤)، كما قضى المجلس بأنه في ظروف الزمان والمكان التي تم فيها تحديد إقامة المدعي فإنه لا يمكن ان يؤدي الى مسؤولية الادارة الا اذا ثبت وقوعها في خطأ جسيم، هذا ورفض المجلس الحكم بمسؤولية الادارة عن الحادث الواقع في وقت متأخر من الليل بسبب تركها بعض الحصى في طريق عام كانت تقوم بإجراء بعض التصليحات فيه، ولم تكن الاضاءة عندها بدرجة كبيرة، استنادا الى ان الحادث واقع في ساعة متأخرة من الليل فينبغي ان تتوافر في الخطأ درجة كبيرة من الجسامة حتى تثبت مسؤولية الادارة عنها^(٣٤٥).

٢- أعباء المرفق والوسائل التي يلجأ اليها لمواجهة التزاماته - لاشك في ان جسامة الاعباء الملقاة على عاتق المرفق وما لديه من وسائل وامكانيات لمواجهة له دور لا يخفى في تقرير درجة الخطأ اللازمة توافرها لقيام مسؤولية هذه المرافق، فكلما كانت اعباء المرفق كبيرة ووسائله محدودة لمواجهة هذه الاعباء فانه يتطلب درجة عالية من الجسامة في الخطأ تتناسب مع هذه الاعباء^(٣٤٦)، ومن جانب آخر فان للوسائل التي يلجأ اليها المرفق اثرها في تقرير مسؤولية الادارة عن اخطائه، ويتضح ذلك بشكل خاص في مجال اعمال مرفق الضبط وما يحتاجه للمحافظة على الامن العام، اذ يضطر للجوء الى استخدام الاسلحة النارية وغيرها من الوسائل التي تعرض الافراد الى مخاطر استثنائية.

وبصورة عامة فان مجلس الدولة يشترط في خطأ مرفق المحافظة على الامن ان يكون جسيماً حتى يقرر مسؤوليته عنه. وهذا امر منطقي اذ لا تكليف الا بما في الوسع ويجب الا يطالب من الادارة اكثر من الحرص العادي في مواجهة الامور، وهذا الحرص في العادة يعتمد على التناسب بين المرفق والوسائل المخصصة لأداء خدماته^(٣٤٧).

وقد تجسدت هذه الاعتبارات في مبدأ رده المجلس في بعض احكامه، وفحواه ان الادارة تكون مسؤولة عن كل خطأ يمكن تجنبه بالحرص العادي (entretien normal)، وانها لاتسأل عن كل خطأ لا يمكن تجنبه الا باتخاذ اجراءات غير عادية^(٣٤٨). ومن اهم احكام المجلس في هذا المجال، حكمه الصادر في قضية Soual حيث رفض فيه الحكم بمسؤولية الادارة لأنها لم ترفع عائقا وضعه مجهول في الطريق العام ليلا مما تسبب عنه اصابة راكب دراجة بجراح^(٣٤٩). كما رفض الحكم بمسؤولية الادارة عن حادث غرق احدى السفن نتيجة لالقاء مجهول لجسم صلب في احدى

(٣٤٤) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٦٠/٦/١ في قضية Raza findrakoto - مجلة القانون العام الفرنسية،

١٩٦١، ص ٣٦٥ - نقلا عن د. طلال عامر المهتار، المصدر السابق، ص ٢٧٤.

(٣٤٥) حكم مجلس الدولة الصادر في ٣١ يناير ١٩١٧ في قضية Champagne - المجموعة ص ١٠٦ - نقلا عن د.

سليمان الطماوي، القضاء الاداري - قضاء التعويض..... المصدر السابق، ص ١٦٤.

(٣٤٦) راجع د. محسن خليل القضاء الاداري اللبناني، ص ٥٨٨ - د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٤٩١،

(٣٤٧) René Chapus, op. 365, No. 366.

(٣٤٨) د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٧٥.

(٣٤٩) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٥ ابريل سنة ١٩١٧، المجموعة، ص ١٤٣ - نقلا عن د. ماجد راغب، ص ٤٩١.

تقنوات، حيث لم يكن من المعقول ان يقوم المشرفون باكتشاف الحادث اذ لم يكن هناك ما يسترعي انتباههم وان الفرق قد وقع عقب القاء هذا الجسم بقليل ولم تكن لادارة توسيلة التي تمكنها الكشف عن قاع القناة باستمرار^(٣٥٠). وكذلك مسؤولية الادارة عن الحوادث الناجمة عن قمع المظاهرات^(٣٥١).

٣-مراعاة طبيعة المرفق واهميته للمجتمع- تتفاوت المرافق العامة في اهميتها بالنسبة للمجتمع ووفقا لذلك فإن القضاء الاداري يتطلب في الخطأ المرفقي درجة كبيرة من الجسامة لكي يرتب المسؤولية بالنسبة لبعض المرافق نظر لطبيعتها واهمية الدور الذي تقوم به في الدولة مما يستوجب عدم شل نشاطها بالتهديد المستمر برفع دعاوي التعويض عليها. كما انه يتطلب بالنسبة لمرافق عامة اخرى ان يكون الخطأ جسيما او خطراً (Faute grave) او ان يكون الخطأ ظاهر الوضوح (manifested une Faute) او ان تكون جسامة الخطأ إستثنائية في حين يتساهل المجلس في درجة الخطأ اللارم لمسألة الادارة عن اخطاء المرافق العامة الاخرى ذات الاهمية القليلة او المحدودة لأن امر مساءلتها لا يعرض مصالح المجتمع للخطر^(٣٥٢). ويتجلى ذلك بصورة خاصة فيما يتعلق بمرفق البوليس الذي يهدف الى حماية النظام العام بمدلولاته الثلاث- الصحة العامة والسكينة العامة والامن العام-فهمام هذا المرفق تتضمن درجة كبيرة من الاهمية بالنسبة للمجتمع، وهذا ما يفرض ان يجري تقدير الاخطاء المنسوبة اليه بدقة حتى لا يسأل الا عن خطئه الجسيم او ذات درجة كبيرة من الجسامة. كذلك الحال بالنسبة لمرفق الصحة الذي يؤدي خدمات اساسية ويتعامل مع فئات معينة من المجتمع فيشترط مجلس الدولة لتقرير مسؤولية هذا المرفق اثبات خطأ جسيم ازاءه، هذا ويؤدد تشدد المجلس في درجة جسامة الخطأ بالنسبة لمسؤولية مستشفيات الامراض العقلية لما يناط بها من مهام حماية اشخاص خطرة كالمجانين، اما بشأن مرفق تحصيل الضرائب ومرفق مكافحة الحريق، فطبيعة هذين المرفقين تستدعي بذل عناية تامة وحرص شديد كي لا تضيع مستحققات الادارة بالنقدانم او بسبب تهرب الممولين بالنسبة

(٣٥٠) حكم مجلس الدولة الصادر في ٢ حزيران ١٩١٣ في قضية (Rost) المجموعة، ص ٧٢١.

مشار اليه في مؤلف د. سليمان الطماوي، دروس في القضاء الاداري، ص ٧٤.

(٣٥١) مثال ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٣ مارس ١٩٢٥ في قضية (clef) التي تلخص وقائعها في ان احد المتظاهرين قبض عليه البوليس و ادعه في احدى المراكز، وهناك اعتدى عليه بالضرب مما تسبب في اصابته بجراح، فحكم له المجلس بالتعويض، ولكن المجلس اخذ يفرق في هذا المجال بين الحالتين، حالة ما اذا كان المصاب قد خرج برأده للظاهر والاخلال بالامن، وهنا يتشدد في درجة جسامة الخطأ لتقدير مسؤولية الادارة وحالة التي يقبض الامن على بعض الافراد جزالما ويودعهم في مراكز الامن، فيقر المجلس فؤلاء بالحق في اعتبار انفسهم في مامن من كل اعتداء او تعذيب بعض النظر عن التهم المنسوبة اليهم فيكفي المجلس باي درجة من الخطأ لثبوت مسؤولية الادارة-النظر د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ واحكام القانون الاداري، المصدر السابق، ص ٧٦٨-ر د. محمود عاطف، المصدر السابق، ص ١٦٦-ر د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري- قضاء التعويض، المصدر السابق، ص ١٦٦.

(٣٥٢) د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الافراد الاداري اللبناني، المصدر السابق، ص ٥٨٩-و د. محمد الشافعي، المصدر

للمرفق الاول، وللمخاطر التي يواجهها رجال الاطفاء من اعمالها بالنسبة للمرفق الثاني، مما تقدم يتضح ان مجلس الدولة كان لا يقرر المسؤولية بالنسبة اليهما الا باثبات الخطأ الجسيم او بالغ الجسامة من قبلهما، وذلك للعمل على عدم اعاقه هذين المرفقين في اداء الخدمات المنوطة اليهما في المجتمع^(٣٥٣). ولمجلس الدولة تطبيقات بصدد مسؤولية هذه المرافق، منها حكمه بمسؤولية الادارة عن ارتكاب سلطة البوليس خطنا ظاهرا بالغ الجسامة وصل الى حد شبه مشاركة في القتل، ومسؤولية الادارة عن اهمال مرفق الصحة في اعداد الرعاية الطبية اللازمة اثناء اقامة احدى الاحتفالات، كم قرر مسؤولية مرفق تحصيل الضرائب عن توقيعه الحجز على اموال احد الممولين دون مبرر قانوني او بيعه لأموال احد الممولين على الرغم من انه سدد الضرائب، وكذلك قرر المجلس مسؤولية مرفق مكافحة الحريق عن وصول رجاله الى مكان الحريق متأخرين، والنقص الكبير في الادوات وعدد الرجال الذين يستخدمون في مواجهة الحرائق^(٣٥٤). ويعترض الاستاذ chapus على فكرة التمييز بين المرافق العامة وفق لأهمية كل منها بالنسبة الى المجتمع، فهو يقول انه من المستحسن عدم الاستناد الى تلك الفكرة لتبرير الحلول القضائية التي يلجأ اليها مجلس الدولة لوجود مرافق كثيرة الأهمية - كمرفق التموين في ظروف الحرب - ورغم ذلك لم يشترط خطأ الجسيم لتقرير مسؤوليته، كما يظهر ذلك من حكم المجلس في ١٩٤٧/١٢/٥ في قضية Ruel. كم وان المرفق الواحد لا يتصور ان تختلف أهميته الاجتماعية، بموجب الخدمات التي يقوم بها، فضلا عن ذلك فان في المرفق الواحد - كمرفق الضبط الإداري - قد يتطلب لمساعدته في بعض الاحيان الخطأ البسيط وفي احيان أخرى يلزم ثبوت الخطأ الجسيم اعتمادا على درجة صعوبة الاعمال التي يقدمها.

ومن جهة أخرى يصف - شابي - التفرقة بين درجات الخطأ اللازمة لمسؤولية الادارة تبعا لأهمية الدور الذي يقوم به المرفق، بانها غير مقبولة من ناحية المبدأ، فهو يؤكد ما قاله الاستاذ Waline من انه لا توجد مرافق عامة من الدرجة الثانية نظرا لان كل مرفق عام ينشئه المشرع لاتقل أهميته عن مرفق عام آخر، وان في اجراء اية تفرقة بين المرافق من حيث الأهمية لا يمكن ان تستند الى اساس من القانون ولا يمكن ان تعبر الا عن وجهة نظر القائل بها^(٣٥٥). واننا نؤيد ماذهب اليه الاستاذ chapus في وجوب عدم التفرقة بين المرافق العامة قياسا على أهمية دورها في اداء الخدمات للمجتمع، وعلى الاخص في عصرنا الحاضر الذي يشهد فيه المجتمع تطورات سريعة في كل المجالات وما ينتج عنها من ظهور حاجات عامة جديدة فيتوجب على الدولة

(٣٥٣) راجع د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، المصدر السابق، ص ٥٨٩ - د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٣٣٧

(٣٥٤) راجع بشأن هذه الاحكام كل من - د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٤٩١ - والدكتور محمود حلمي، القضاء

الإداري، المصدر السابق، ص ٣٢٣ - الدكتور سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض... المصدر

السابق، ص ١٧٨ و ١٨١ د. عبد الغني بسوي، المصدر السابق، ص ٨٧.

(٣٥٥) Rene chapus, op.cit.p.367.

مواجهة هذه الحاجات واشباعها عن طريق انشاء مرافق جديدة او تطوير المرافق القائمة، وبالتالي يكون من غير المنطقي التفرقة بين مرفق وآخر تبعا لأهمية الاجتماعية لكل منها خصوصا و ان حقيقة الامر تؤكد عدم امكان الاستغناء عن خدمات أي مرفق من هذه المرافق وهذا ما يثبت عدم جدوى تلك التفرقة. ولكن هذا لا يعني ان التفرقة التي اقامها مجلس الدولة الفرنسي تعتبر غير صحيحة على اطلاقها بل ان هذه التفرقة وبالاخص فما يتعلق بالمهام التي تقوم بها المرافق ودرجة جسامه الخطأ اللازمة لقيام مسؤوليتها يجب عدم اثارها الا في الظروف غير العادية او عند الالتزامات و بالنسبة لبعض المرافق التي يطلب منها في تلك الظروف بذل اقصى الجهود الممكنة في نشاطها لمواجهة هذه الظروف، فلا بد والحالة هذه استلزام القضاء درجة اكبر من الجسامه في خطأ المرفق ليترتب عنه مسؤوليته.

ثانيا- العوامل التي تتعلق بالمضرور التي تحدد درجة جسامه الخطأ لمسؤولية الادارة.

١- مراعاة مركز المضرور ازاء المرفق- يكون لمركز المضرور بالنسبة للمرفق العام تأثير في درجة الخطأ اللازمة لمسؤولية الادارة عنه، ويفرق مجلس الدولة الفرنسي بهذا الصدد بين ما اذا كان المضرور ينتفع مباشرة من المرفق الذي تسبب في الضرر او انه غير منتفع منه، وبصورة عامة فان المجلس يتشدد في درجة جسامه الخطأ عندما يكون المضرور مستفيدا من المرفق" و المستفيد عادة يكون على علاقة قانونية بالمرفق الذي تسبب في الحاق الضرر به، فلا يجوز له مساءلة الادارة عما اصابه من ضرر الا بعد ان يثبت ان المرفق قد ارتكب خطأ وكان هذا الخطأ على درجة غير عادية من الجسامه، كان لم يؤد المرفق المهام المنوطة به بصورة حسنة، اما عندما يكون المضرور غير مستفيد من المرفق بصورة مباشرة، فان قضاء مجلس الدولة يتساهل في درجة الخطأ المطلوبة لتقرير مسؤولية الادارة على اساس ان المضرور لم يكن منتفعا من المرفق مقابل الضرر الذي اصابه، ولم يكن قد دخل في اية علاقة قانونية مع المرفق ولم يساهم في احداث الضرر الذي اصابه، فيكون منافيا للعدالة وغير منطقي حرمانه من التعويض باشتراط درجة كبيرة من الجسامه في الخطأ^(٣٥١).

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي الى اكثر من ذلك عندما فرق في الحكم بين المستفيد الذي يلجا مختارا للاستفادة من خدمات المرفق و بين الشخص الذي يكون مضطرا للاستفادة من خدمات المرفق العام فيتشدد في درجة جسامه الخطأ الموجبة لمسؤولية الادارة بالنسبة للاول بينما يكتفي بأي مستوى من الخطأ بالنسبة للثاني، فحكم مجلس الدولة بعدم مسؤولية الادارة ازاء المضرور الذي كان يسير في الطرقات

(٣٥١) راجع لهذا الصدد، ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٤٩٢- والدكتور سامي جمال الدين، الرقابة على اعمال

الادارة، ط ١، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٢، ص ١٧٩- و د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري- القضاء التعويضي،

المصدر السابق، ص ١٦٩.

العامة لا بهدف قضاء مصالح معينة، و إنما ليشبع رغبته في حب الاستطلاع و تعريض نفسه لخطر الذي يصيب المتظاهرين.

كما فرق المجلس في مجال مسؤولية الإدارة بين المضرور الذي ينتفع من خدمات المرفق بمقابل وبين المنتفع منها مجاناً، فيتساهل في درجة الخطأ اللازمة للمسؤولية للمنتفع الاول و يتشدد بالنسبة للثاني كما هو واضح في حكمه في قضية Domelievin الذي قرر فيها عدم مسؤولية الإدارة عن الحادث الذي وقع حيث كان المضرور يركب دون مقابل في سيارة عسكرية الا اذا ثبت خطأ السائق^(٣٥٧).

وينبه الاستاذ chapus هنا الى أن صفة المنتفع او الغير بالنسبة للمرفق العام لا تؤثر في شروط مسؤولية الإدارة أي في درجة الخطأ فيها، لكنها تؤثر في تقدير التعويض بالنسبة لكل منها على اساس ان المنتفع المجاني من خدمات المرفق قد عوض جزئياً بإستفادته من خدمات المرفق^(٣٥٨).

٢- دور المضرور في احداث الضرر - اذا كان لمركز المضرور ازاء المرفق اعتباره في تقرير مدى مسؤولية الإدارة، فان لدور المضرور في احداث الضرر ودرجة مساهمته فيه اثره الاكبر في تحديد نطاق هذه المسؤولية وما يستحقه المضرور من تعويض. و لما كان الهدف الاساسي من مبدأ مسؤولية الإدارة هو تعويض الافراد عما يصيبهم من ضرر بسبب النشاط الاداري وليس معاقبة المرفق الذي ينسب اليه الخطأ، لذا فان مجلس الدولة ينظر الى موضوع المسؤولية من زاوية المضرور وحقوقه ازاء المرفق وما يجب ان يتمتع به من حماية لمواجهة عدوان الإدارة لا من زاوية المرفق الذي تسبب في الضرر فقط كما كان عليه الحال في السابق^(٣٥٩). ولكن رغم ذلك فان دور المضرور الايجابي في احداث الضرر والخطأ المنسوب اليه، يكون من شأنهما تخفيف مسؤولية الإدارة، ومن ذلك اقتراب احد الافراد كثيراً من المكان المهيأ لإطلاق الصواريخ فيعرض نفسه للخطر أي انه يساهم في احداث الضرر باقترابه من مكان الحادث، او محاولة شخص عبور شارع تزدهم فيه حركة المرور الى حد كبير دون يتأكد مسبقاً عما اذا كان في مقدوره فعل ذلك^(٣٦٠). وقد يكون دور المضرور في وقوع النتيجة الضارة كافياً لإستبعاد مسؤولية المرفق بصورة كاملة، كما لو خالف المضرور تعليمات رجال الشرطة فضلاً عن مهاجمته لهم مما اضطرهم الى قتله^(٣٦١).

(٣٥٧) انظر د. محمد فؤاد مهنا مبادئ واحكام القانون الاداري، منشأة معارف بالاسكندرية، بدون سنة طبع، ص ٧٦٨ و د.

سليمان الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٧٦.

(٣٥٨) Rene chapus, op.cit. p.277.

(٣٥٩) Andre de lau badere, op. cit p. 754 N: 1227.

(٣٦٠) انظر د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري، القضاء التعويض.... المصدر السابق، ص ١٦٩ و د. عدنان عجلاي،

المصدر السابق، ص ٣٥٦ و د. سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص ١٨٠.

(٣٦١) حكم مجلس الدولة في ١٨ مارس ١٩٣١ غي قضية lapoul - المجموعة ص ٤٦٧ - مشار اليه في مؤلف د. سليمان

الطماوي، ص ٧٠.

يظهر مما تقدم أن مجلس الدولة الفرنسي يتطلب في الخطأ بالنسبة لبعض المرافق ان يكون على درجة معينة من الجسامة ليلترتب عنه مسؤولية الادارة، و انه يكفي احيانا بالخطأ البسيط لمساءلته بينما يشترط في احيان اخرى الخطأ الجسيم او الخطأ على درجة استثنائية من الجسامة لتقرير مسؤولية الادارة وبهذا فإنه يقر فكرة تدرج الخطأ. اما القضاء العادي فإنه يستلزم للحكم بمسؤولية الادارة مجرد صدور خطأ عنها و بصرف النظر عن جسامته و يستهدي في التعرف على الخطأ بمعيار موضوعي و هو مقارنة سلوك المسؤول بسلوك شخص عادي في مثل الظروف الخارجية التي كانت تحيط به، فإذا تبين انه انحرف عن سلوك الشخص العادي اعتبر مخطئاً فتقوم مسؤوليته دون البحث فيما اذا كان الخطأ جسيماً ام لا^(٣١٢)، أي ان القضاء العادي لا يأخذ في الاعتبار تلك العوامل التي يستند إليها القضاء الاداري عند الحكم بمسؤولية الادارة^(٣١٣).

يتبين من كل ذلك ان القواعد الادارية في هذا المجال تعتبر اكثر تقدماً من القواعد المدنية، فيصبح من الاجدر للقضاء العادي تبني المبادئ التي استقر عليها القضاء الاداري بهذا الشأن.

الفرع الثالث- تطور العلاقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ومسؤولية الادارة :-

ان من الأهمية بمكان معرفة تطور علاقة الخطأ الشخصي بالخطأ المرفقي ومسؤولية عنهما، إذ ان القضاء الاداري الفرنسي قد طبق مبدأ الفصل التام بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في بادئ الامر، وقصر مسؤولية الادارة على الأخطاء المرفقية لموظفيها فقط دون الأخطاء الشخصية. الا ان عدم استناد هذا الفصل الى اساس منطقي سليم، ولعدم مقدرة الخطأ المرفقي من مواجهة جميع حالات المسؤولية الادارية، ولأن خطأ الموظف يتخذ احيانا ميزة الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في ذات الوقت، كل ذلك ادى بالمجلس الى العدول عن مبدأ الفصل لعدم جدوى تطبيقه، فقرر مسؤولية الادارة عن طائفة كبيرة من الأخطاء الشخصية للموظفين^(٣١٤). وليبيان كل ذلك، سنتناول بالدراسة في هذا الفرع، مسؤولية الادارة عن الخطأ الشخصي لموظفيها وذلك في المقصد الاول، اما في المقصد الثاني فسننتقل الى موضوع وثيق الصلة بمسؤولية الادارة وهو اثر اوامر الرئيس الاداري على طبيعة اخطاء الموظفين

(٣١٢) على ان النصوص المدنية تشترط احيانا في الاخطاء الفنية ان تكون جسيمة، فمسؤولية الطبيب او المستشفى لا تقوم الا بثبوت خطأ مهني جسيم من جانها- للمزيد من التفصيل انظر د. احمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٦، ص ٤٣ و د. حسن زكي الابراشي، مسؤولية الاطباء الجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة بلا سنة طبع، ص ٢١ ص ٢٥.

(٣١٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المصدر السابق، ص ٨١٧.

(٣١٤) د. محمود عاطف البنا، المصدر السابق، ص ١٨٤.

ونخصص المقصد الثالث لدراسة موقف المشرع والقضاء العراقيين من فكرة التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي.

- المقصد الاول -

مسؤولية الادارة عن الخطأ الشخصي:-

ان مسؤولية الادارة عن الاخطاء الشخصية للموظفين لم تقرر دفعة واحدة، كما وانها لا تعني ان جميع حالات الخطأ الشخصي تقوم مسؤولية الادارة عنها، ولهذا رأينا ان نكرس هذا المقصد لدراسة حالات المسؤولية عن الاخطاء الشخصية والتي تمثل في نفس الوقت التطور الزمني لهذه المسؤولية وذلك في ثلاث نقاط متتالية:-

اولا-الجميع في المسؤولية بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي:

طبقا للقواعد العامة في المسؤولية الادارية، لا يمكن مساءلة موظف عن الضرر الواقع اثناء ممارسة وظائفه الا اذا نسب اليه خطأ شخصي أي خطأ عمدي او جسيم، وعندئذ تجري مقاضاته امام جهة القضاء العادي. اما الاخطاء الاخرى وهي ما تسمى بالاخطاء المرفقية فلا تقوم بسببها سوى مسؤولية الادارة والتي يجب انذاك مقاضاتها امام جهة القضاء الاداري^(٣١٥).

وقد جرى القضاء التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي في بادئ الامر على مبدأ الفصل التام بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، فأعتبر الضرر الذي يصيب الافراد راجعا بأساسه اما الى خطأ شخصي خالص للموظف، واما الى خطأ مرفقي ينسب لجهة الادارة^(٣١٦)، ونتيجة لتطبيق هذا المبدأ وبسبب ازدواج القضاء واستقلال كل جهة عن الأخرى كان في إمكان المضرور ان يعرض النزاع على القضاء العادي فيقرر ان فعل الضرر هو خطأ شخصي يتحمل الموظف نتائجه، وان يعرض الامر في نفس الوقت على القضاء الاداري وربما يحكم بأن الواقعة هي خطأ مرفقي يتوجب على الادارة تعويض المضرور بسبب ذلك الخطأ. وبذلك يكون المضرور قد حصل على تعويضين عن ضرر واحد ولكن هذا الامر غير جائز ولا يمكن القبول به لا من وجهة النظر القانونية ولا من حيث قواعد العدالة^(٣١٧)، ورغم تطبيق القضاء لمبدأ الفصل التام بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي كحقيقة مسلم بها، لم يحاول الفقه ايجاد تبرير لها، فتولى العميد ليون ديكى ذلك عام ١٩١٣، وربط مبدأ الفصل هذا بأساس مسؤولية الادارة قائلا "ان القانون العام الحديث لا يسلم بمبدأ مسؤولية الادارة باعتبارها شخصا معنويا، ولكن على اساس ان هذه المسؤولية تقوم كضمان يؤمن الافراد ضد المخاطر الناجمة عن نشاط

(٣١٥) H.L. Mazeaud et tunc, op. cit. P. 925. No. 819.

(٣١٦) د.محسن اليه، المسؤولية المدنية للمعلم، ط ١، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٩٠، ص ١٨٢.

(٣١٧) د. محمود فؤاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص ٤٠١.

المرافق العامة" و أكد ان مسؤولية الادارة لا تقوم الا عندما يكون الفعل الضار منسوباً الى المرفق العام، اما الاعمال الضارة الاخرى التي تنسب الى الموظف فلا يمكن مساءلة الادارة عنها لان اساس مسؤوليتها هو ضمان مخاطر المرفق ولا يتحقق هذا الضمان عندما يكون الضرر ناتجاً عن عمل موظف منبت الصلة بالمرفق^(٣٦٨)، وينتقد الفقيه جيز التبرير الذي قدمه العميد ديكى-فهو-الفقيه جيز-يرفض ان تكون لقاعدة الفصل هذه اية علاقة باساس مسؤولية الادارة بدليل ان قاعدة الفصل بين الخطئين فكرة تقليدية طبقها القضاء الاداري قبل ان يأخذ بفكرة المخاطر كأساس لمسؤولية الادارة، علاوة على ان فكرة التمييز بين الخطأ الشخصي والمرفقي لم تبتدع في عالم القاتون لتحديد الحالات التي تكون الادارة مسؤولة وانما جاءت لحماية الموظف كي لا يسأل عن الاخطاء التي تصدر عنه وهو يؤدي واجبات وظيفته، لذلك يجب ان لا يبالغ في العمل بهذه القاعدة الا حيث تتحقق الحكمة منها.

ومن جانب اخر ينتقد هذا الفقيه قاعدة استقلال الخطئين وعدم الجمع بينهما، فهو يرى ان الفرق بين الخطأ الشخصي والمرفقي مسألة درجة وليس اختلافاً في الطبيعة الذاتية لكل منها، حيث يعتبر الخطأ حتى درجة معينة خطأ مرفقياً، فاذا تعداها اعتبر خطأ شخصياً، ثم انه يتساءل قائلاً كيف يمكن ان نبرر منطقياً كون الاختلاف في الدرجة التي غالباً ما تكون محلاً للخلاف سبباً في تغير القواعد القانونية التي يخضع لها كل من الخطئين؟!^(٣٦٩) فالمنطق في نظر هذا الفقيه يستوجب اعتبار ان المرفق هو الذي ارتكب الخطأ في الحالتين، فتتحقق بذلك مصلحة المتقاضين في عدم تعرضهم لمشاكل ترجع الى سوء تقديرهم للخطأ من كونه شخصياً او مرفقياً، اذ قد يعتقد ان خطأ ما شخصي، وهو في حقيقة الامر مرفقي فتقام الدعوى امام القضاء العادي، فيحكم بعدم الاختصاص، او يقبل الفصل فترفع الادارة اشكال التنازع فتتخذ الامور فيضع الجهد والوقت هدر^(٣٧٠)، كما يتصف مبدأ عدم الجمع بين المسؤوليتين بأنه تعسفي وغير صحيح اذ انه يقرر سلفاً ان الضرر اما ان يرجع الى خطأ شخصي محض او الى خطأ مرفقي محض، مع انه في الواقع يكون مرجع الضرر في اغلب الاحيان اشتراك اخطاء متعددة مرفقية وشخصية او ان يرجع الضرر الى فعل واحد يجتمع فيه صفات كلا الخطئين^(٣٧١)، ولما لم يكن الفصل التام بين نوعي الخطأ قائماً على اساس قانوني سليم، وما نتج عن تطبيقه من نتائج سيئة، وبناظر ما وجه اليه الفقهاء من انتقادات، تغير مسلك القضاء الاداري في معالجة هذه المشاكل اخذاً بنظر الاعتبار الافكار الفقهية المطروحة بهذا الصدد والعمل بالمقترحات الصادرة عن مفوضي الحكومة فاخذ المجلس بالتخلي عن فكرة الفصل التام بين نوعي الخطأ بصورة تدريجية متبنيها حلاً جديداً في

(٣٦٨) انظر في هذا-العميد ليون ديكى. دروس في القانون العام. المصدر السابق، ص ٤٩ ص ٥٠-رايضاً د. سليمان محمد

الطماوي، القضاء الاداري، قضاء العويض. المصدر السابق، ص ١٨٣.

(٣٦٩) راجع د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٢٨٤- د. سليمان محمد الطماوي، ص ١٧٤. ود. محمود عاطف،

المصدر السابق، ص ١٨٨.

(٣٧٠) Andre de laubadere, op. cit. P.705. No. 1227.

(٣٧١) انظر د. عبدالرحمن نورجان الايوبي، المصدر السابق، ص ١٦٠-١٦١ د. محمد الشافعي ابو راس، المصدر السابق، ص ٣٣٨.

هذا المجال^(٣٧٢)، فقد أقر المجلس امكانية الجمع بين نوعي الخطأ، وسلم بأن الضرر قد ينشأ عن هذين الخطئين في وقت واحد، وهذه نتيجة منطقية ومعقولة ولا تتنافى مع المبادئ الأساسية التي تقوم عليها نظرية الخطأ المرفقي كما صاغها مجلس الدولة الفرنسي، ولكنها تتنافى الى حد ما مع فكرة عدم الجمع في تفسيرها الضيق القائل بأن احد الخطئين يستبعد الخطأ الآخر الى حد ان لا نجد امامنا الا خطأ واحد^(٣٧٣).

مهما يكن من امر فان مجلس الدولة الفرنسي قد أقر للمرة الاولى مبدأ الجمع في حكمه الصادر في ٣ شباط ١٩١١ في قضية السيد Anguet وتتلخص وقائع هذه القضية في ان السيد Anguet ذهب الى احد مكاتب البريد لاستلام قيمة حوالة، ولكن المكتب اغلق الباب المخصص للجمهور قبل موعد المحدد بخمس دقائق، فاشار عليه احداهم بالخروج من الباب المخصص للموظفين، فلما اضطر للخروج من هذا الباب اشتبه به اثنان من العاملين وظنوه لصا فاعتدوا عليه بالضرب والقوا به خارج المبنى، فوقع أرضا مما تسبب عنه كسر ساقه^(٣٧٤). وقد أثار تساؤل حول امكانية الجمع بين مسؤولية الادارة والمسؤولية الشخصية للموظفين على اساس الخطأ... حيث ساهمت في احداث الضرر عدة اخطاء منها اغلاق الباب الرئيسي قبل الموعد المحدد من قبل مكتب البريد، واعتداء العمال على المضروب بالضرب، ومن ثم سوء حالة عتبة الباب ولغرض تكيف هذه الأخطاء وفقا للمعايير الفقهية المطروحة بهذا الصدد والتي سبق ذكرها، ولما كان المعيار المرجح عندنا هو المعيار الذي جاء به الفقيه هوريو وعند تطبيقه على وقائع هذه القضية يتبين ان الموظف الذي اغلق الباب الرئيسي للمرفق قبل الموعد المقرر قانونا لينهي الاعمال فيه هو مرتكب الخطأ الشخصي لانه منفصل عن المرفق انفصالا ذهنيا اذ ان اغلاق الباب هو من احد واجبات الموظف ولكنه استهدف من اغلاقه في وقت مبكر تحقيق مصلحة شخصية لنفسه وهو الإلتصاف من العمل قبل اوانه لا علاقة له بالمرفق، بينما نرى ان قضاء مجلس الدولة قد اعتبره خطئا مرفقيا. اما فعل الاعتداء فهو خطأ منفصل انفصالا ماديا عن مهام المرفق فهو خطأ شخصي من هذا الوجه، ولكن كان الغرض منه خدمة المرفق العام اذ قام بذلك حماية لأمن وسلامة المرفق، ولذلك فان الخطأ هنا يكون متصلا بالوظيفة اتصالا ذهنيا لان الموظف كان حسن النية في فعل الاعتداء هذا ولم يكن يدافع شخصي، فيمكن اعتبار الخطأ من هذا الوجه خطأ مرفقيا، ولكن المجلس عد هذا الخطأ خطئا شخصيا للعمال ولربما استند المجلس في ذلك الى معيار جسامة الخطأ معتبرا فعل الاعتداء خطئا جسيما يستتبع المسؤولية الشخصية للموظف، اما سوء حالة عتبة الباب فمما لا جدال فيه انه خطأ مرفقي سواء في تقديرنا

(٣٧٢) د. عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص ٣٦٤.

(٣٧٣) راجع د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق، ص ٥٧٨ ص ٥٧٩-د. سليمان الطماوي، دروس في

القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٨٣.

(٣٧٤) انظر بشأن هذه القضية-د. محمد فؤاد منها، المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية، المصدر السابق، ص ١٦٥-

وايضا

Andre de laubadere, op. cit. P. 706, No. 1227.

او ما راه مجلس الدولة لانه يثبت تقصير المرفق في بذل العناية اللازمة لحماية الافراد لانه يدخل ضمن الصورة الثانية من صور الخطأ المرفقي في منظور مجلس الدولة وهي (سوء اداء المرفق لخدماته). وبذلك تؤيد ما انتهى اليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي بشأن هذه القضية وهو تقرير المسؤولية المشتركة للإدارة والموظف عن اشتراك الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في احداث الضرر، وتختلف معه في كيفية لبعض هذه الاخطاء على الوجه الذي توضح اعلاه.

وقد اكد مجلس الدولة مبدأ الجمع في المسؤولية بين نوعي الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في احكام اخرى عديدة له^(٣٧٥) وهكذا استقر المجلس على انه عندما تكون ثمة اخطاء مزدوجة رغم انه يصبح للمضروب فيها دعويان احدهما ضد الادارة وتقام امام القضاء الاداري والثانية ضد الموظف وترفع امام القضاء العادي، ولكن ازدواج المسؤولية في هذه الحالة لا يمكن ان يعني بأي حال من الاحوال حصول المضروب على التعويض مرتين.

اما التزام الادارة بدفع التعويض كاملا عن الضرر الناتج عن نوعي الخطأ ، فهو التزام مؤقت غير نهائي- أي ان مساءلة الادارة عن الضرر باجمعه يكون على اساس المسؤولية التضامنية بين الاشخاص المسؤولين ومن ثم يحق للإدارة الرجوع على الموظف بما دفعته عنه من تعويض بما يعادل مفعول خطئه الشخصي في احداث الضرر^(٣٧٦). ويختص القضاء الاداري في حسم النزاع حول تحديد نصيب كل منهما في تحمل التعويض بحيث يكون متناسبا مع ما اقترفته من خطأ^(٣٧٧). ويأتي اقرار مجلس الدولة لمبدأ اجتماع المسؤولين عن فعل ضار واحد الى ان التمييز بين نوعي الخطأ تقسيم نظري من وجهة نظر القضاء الاداري، وعلى الاخص عندما يكون اصل الضرر ناشئا عن اندماج الخطئين. ومن جانب اخر لا يكون في امكان الموظف التعويض عن الضرر الناتج عن خطئه في اغلب الاحيان ، بينما تتمكن الادارة من ذلك. فكل هذه الاعتبارات كان لها دور اساسي في دفع مجلس الدولة لإقرار مبدأ اجتماع المسؤولين^(٣٧٨). اما القضاء الاداري المصري فانه تبني فكرة الجمع بين نوعي الخطأ منذ اوائل عهده أي انه اقر الاتجاه الحديث لقضاء مجلس الدولة الفرنسي لما استوضحت لديه صحته وواقعيته في مجال العمل ومساوئ عدم الأخذ به وخطورة نتائجه^(٣٧٩).

(٣٧٥) فمن بعض هذه الاحكام -حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٥ آذار ١٩١٨ في قضية Beaudalet المجموعة، ص ٢٥٩- وحكمه الصادر في ١٤ تشرين الثاني ١٩١٩ في قضية، L. huillier، مجموعة، ص ٨١٩- وحكمه في تموز ١٩٤٩ في قضية Marguier -انظر د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري- قضاء التعويض، المصدر السابق، ص ١٨٨- وايضا انظر د. عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص ٣٦٣.

(٣٧٦) H.L.Mazeaud et Jean Mazeaud, op. cit. P483, Nò.1393.

(٣٧٧) انظر د. منصور ابراهيم العتوم، المصدر السابق، ص ٢١- رد. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٤٨٦.

(٣٧٨) د. عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص ٣٦٤.

(٣٧٩) د. محسن خليل، القضاء اللبناني، المصدر السابق، ص ٥٧٩- د. محمود عاطف، المصدر السابق، ص ١٩٢.

ثانيا- مسؤولية الادارة عن الخطأ الشخصي للموظف المرتكب اثناء الخدمة.

سبق القول ان مجلس الدولة الفرنسي قد اجاز الجمع بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، فامكن قيام مسؤولية الادارة عن الفعل الضار الذي ينتج عن اجتماع هذين الخطئين معا، ولم يقف المجلس عند هذا الحد، بل واصل تطوره في هذا المجال، وخطا خطوة اخرى مقررنا مسؤولية الادارة عن الخطأ الشخصي للموظف المقترف حال تأدية واجبات الوظيفة، أي ان الادارة تدفع التعويض عن الخطأ الشخصي الذي يقع من الموظف دون ان يصاحبه خطأ مرفقي،^(٣٨٠) وتؤكد هذا التطور من خلال حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٦ حزيران ١٩١٨ في قضية Lemonnier، وتتلخص وقائعها في انه في احد الاعياد القومية نظم استعراض للرماية على اهداف عائمة في ترعة صغيرة، فأهمل عمدة القرية اتخاذ التدابير اللازمة لحماية المواطنين المارين في الضفة الاخرى للترعة رغم سبق تنبيهه الى ذلك، فأدى ذلك الى اصابة السيدة Lemonnier برصاصة فجرحتها^(٣٨١)، فتوجهت المضرورة الى القضاء الاداري مطالبة الادارة بالتعويض عن الضرر الذي اصابها بسبب خطأ العمدة، ف قضى بمسؤولية البلدية عن خطأ العمدة الشخصي على اساس انه وقع اثناء الخدمة^(٣٨٢). وعند تكييف وقائع هذه القضية وفقا للمعايير الفقهية في التمييز بين نوعي الخطأ، وبتطبيق معيار هوريو، نجد ان خطأ العمدة في اقامة المسابقة دون اخذ الاجراءات الكفيلة بحماية الافراد المارين ضمن مدى هذه الرماية هو خطأ شخصي بحت لانه منفصل انفصالا ماديا عن اعمال الوظيفية وفي الوقت نفسه لم يستهدف تحقيق احد الاغراض المنوط بالادارة تحقيقها، فتتفصل بذلك انفصالا معنويا عن الوظيفة، ومن جهة اخرى فان العمدة قد اصر على اقامة المسابقة على الرغم من توالي التنبيهات اليه بضرورة اتخاذ اجراءات وقائية لضمان سلامة الافراد فهذا بلا شك يجعل هذا خطئا جسيما ان لم نقل عمديا ويتأكد هذا القول اذا ما قارنا سلوك العمدة في تلك الظروف بسلوك موظف عادي تحيط به نفس هذه العوامل وبالتالي يعتبر خطئه خطئا شخصيا وفقا لمعيار (جسامة الخطأ)، لذا فنتفق مع مجلس الدولة عندما اعتبر خطأ العمدة خطئا شخصيا.

وقد قرر مجلس الدولة في هذه الحالة مسؤولية الادارة عن الخطأ الشخصي المرتكب اثناء الخدمة ضمانا لحصول المضرور على حقه في التعويض. ولكن اجاز المجلس للادارة الرجوع على الموظف مرتكب الخطأ بما دفعته عنه من تعويض.

غير ان مجلس الدولة الفرنسي ظل في احكامه بعد هذا الحكم يفضل الاستناد الى وجود واقعتين مستقلتين (عمل مرفقي وعمل شخصي) لأجل الحكم بمسؤولية الادارة

(٣٨٠) انظر د. محسن خليل، ص ٥٧٩- ايضا د. منصور ابراهيم العزم، ص ٢١.

(٣٨١) راجع في تفاصيل هذه القضية مؤلف د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٢٣٣- ود. ماجد راغب

الخلو، ص ٤٨٦.

(٣٨٢) د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص ٤٠٢.

عن الخطأ الشخصي للموظف، من ان يستند الى وجود واقعة واحدة تنسب الى الادارة
والموظف في وقت واحد. ويظهر ذلك جليا في احكام عديدة له، منها حكمه في قضية
Dome Duxen في كانون الثاني ١٩٣٦ وفي قضية Simon Dome في مايس ١٩٤٣،
وحكمه في قضية Biziere في آذار ١٩٥٠.
ففي كل هذه الاحكام استند المجلس الى وجود واقعتين مستقلتين تشكل احدهما
خطئا شخصيا والاخرى خطئا مرفقيا كما ارجع سبب الخطأ الشخصي الى سوء الرقابة
وتوجيه في المرفق العام^(٣٨٣).

وينتقد العميد هوريو مسلك مجلس الدولة بشأن تقريره التعويض عن الاخطاء
لشخصية للموظف والمرتكبة اثناء الخدمة، لانها تؤدي في نظره الى القضاء على
مسؤولية الشخصية للموظف.

ومن جانب آخر فإنه يختلف مع مجلس الدولة بشأن مسؤولية مرفق (البلدية) في
قضية Lemonnier باعتبار ان العمد وحده لا يمثل مرفق البوليس وانه اهمل في واجبه
بل ويشاركه في المسؤولية جمهور المتفرجين وباقي الموظفين، وانه كان من واجب
جميع التعاون لوضع حاجز للحيلولة دون تضرر المارة نتيجة اطلاقات المتسابقين ثم
تحى باللائمة في ذلك على ازدواج الاختصاص بقضايا المسؤولية لاستقلال كل من
جهتي القضاء الاداري والعادي عن البعض^(٣٨٤).

ولكن انتقادات هوريو تلك لم تجد لها آذانا صاغية لدى القضاء الاداري، وواصل
مجلس الدولة تطوره في هذا المضمار موسعا في نطاق مسؤولية الادارة عن اخطاء
موظفيها بحيث شمل هذه المرة طائفة اخرى من الاخطاء الشخصية لم تكن الادارة
مسؤولة عنها من قبل ، وكما سنوضحه في النقطة التالية.

ثالثا- مسؤولية الادارة عن الخطأ الشخصي للموظف المرتكب خارج الخدمة.
قرر مجلس الدولة الفرنسي في قضاءه الحديث مسؤولية الادارة عن الخطأ
الشخصي للموظف المرتكب خارج نطاق الوظيفة ولكن قيدها بضرورة ارتكاب الخطأ
بأدوات المرفق ووسائله، والا فلا تحقق مسؤولية الادارة^(٣٨٥). وبدأ هذا الاتجاه
الجديد لمجلس الدولة يتبلور بشكل خاص منذ عام ١٩٤٩، بمقتضى احكام
ثلاثة متشابهة له وكلها تتعلق بحوادث السيارات التابعة للادارة^(٣٨٦)، ففي هذه القضايا

^(٣٨٣) انظر د. عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص ٣٦٣-٣٦٤ وايضا حامد مصطفى، المصدر السابق، ص ١٦٠.

^(٣٨٤) تعليق هوريو على حكم مجلس الدولة في قضية Lemonnier في مجموعة سري، ١٩١٨- القسم الثالث، ص ٤١،

نقلا عن د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري- قضاء التعويض...، المصدر السابق، ص ١٩٣.

^(٣٨٥) انظر د. محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الادارة في تشريعات البلاد العربية، المصدر السابق، ص ١٦٦- وكذلك د. محسن

خليل و د. سعد العصفور، المصدر السابق، ص ٥٥٤.

^(٣٨٦) منها حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Defaux حيث وقع حادث لسيارة تابعة للجيش كان يقودها احد

العسكريين لغرض توصيل شحنة من البزير لكان معين، الا انه في اثناء عودته انحاز عن الطريق لزيارة بعض اقاربه وهناك وقعت

وقعت الحوادث من سيارات الادارة التي استعملها سائقوها خارج المهام الرسمية المخصصة لها، ومع ذلك فقد قضى مجلس الدولة بان هذه الحوادث وان لم تكن واقعة اثناء الخدمة ، الا انها مع ذلك ليست منقطة الصلة بالمرفق طالما وقعت نتيجة استعمال ادوات تعود اليه. وكما يقول مفوض الحكومة Blul "تكون هناك المسؤولية بمجرد ان المرفق العام قد هيا اسباب ارتكاب الخطأ او بمجرد ان الخطأ الشخصي ليس منقطع الصلة بتاتا مع المرفق العام" وبذلك فان مسؤولية الادارة تكون قد تقرررت وفقا لاتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي عن كافة اخطاء الموظف الا ما كانت منقطة الصلة بوظيفته^(٣٨٧). غير ان مسؤولية الادارة عن الاخطاء الشخصية للموظف لا تعني عدم امكان الادارة الرجوع على الموظف بكل او بعض ما دفعته من تعويض استنادا الى دور خطأ كل منهما في احداث الضرر^(٣٨٨).

وبعد كل ذلك يمكننا القول بان قواعد المسؤولية الادارية في هذا الشأن قد التقت مع قواعد المسؤولية المدنية (مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع). فهنا يكون وجه الشبه كبيرا بينهما ، اذ ان مسؤولية الادارة والمتبوع لا تقوم الا اذا صدر خطأ من الموظف والتابع فتكون المسؤولية في هذه الحالة غير مباشرة وعن فعل الغير، ويمكن للادارة والمتبوع بعد دفعهما التعويض للمضرور الرجوع على الموظف والتابع المرتكبين للخطأ بكل مبلغ التعويض . كما ان نطاق مسؤولية الادارة يتوسع ليشمل كل الاخطاء الشخصية للموظف عدا تلك المنبئة الصلة بالمرفق مماثلا في ذلك نطاق مسؤولية المتبوع الذي بدوره يستغرق كل اخطاء التابع تلك الواقعة اثناء الوظيفة او بسببها او بمناسبةها فيما عدا الاخطاء الاجنبية تماما عن الوظيفة لدى المتبوع^(٣٨٩).

الحادثة. وحكمه في قضية Mimeur اذ كان سائق احدى السيارات التابعة لاحدى الوزارات بعد ان اوصل الموظف الى الجهة الرسمية اسفل السارة لقضاء بعض حاجاته الشخصية وعندها وقع الحادث، وحكمه في قضية Besthelsener وفحواها ان حادث اصطدام وقعت لسيارة عسكرية كان سائقها قد استخدمها في غير الطريق الرسمي لتحقيق اغراض شخصية.

انظر بهذا الصدد ، د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري، قضاء التعويض...، مس، ص ١٩٤ ص ١٩٥- د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، مس، ص ٥٨٠- ٥٨١- د. محمود عاطف، المصدر السابق، ص ٢١٥ ص ٢١٧.

(٣٨٧) راجع د. عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص ٣٦٦- د. ماجد راغب، المصدر السابق، ص ٤٨٧.

(٣٨٨) د. عبدالرحمن رحيم، مسؤولية الادارة على اساس الخطأ، بمحة السابق، ص ٢٢- اما كيفية رجوع الادارة على الموظف فتكون عن طريق امر بالدفع تصدره السلطة الرئاسية المختصة وتفرض على الموظف رد المبلغ المدفوع. انظر د. محمد فؤاد منها، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة، مس، ص ٤٠٣- د. محمود عاطف، المصدر السابق، ص ٢٣٧.

(٣٨٩) للمزيد من التفصيل في موضوع مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع راجع د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، الجزء الاول، ١٩٨٦، ص ٢٩٢ وما بعدها- د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - الكتاب الاول- مصادر الالتزام، مطبعة المعارف ببغداد، ١٩٧١، ص ٤٩٨ وما بعدها - د. غازي عبدالرحمن ناجي، مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع، بمحة السابق، ص ٦٣٣- ٦٦٤- صباح المفي، القانون المدني، مطبعة الشعب، ببغداد ١٩٨٠.

ص ٤٦- والدكتور احمد شوقي عبدالرحمن، مسؤولية المتبوع باعتباره حارسا، المطبعة العربية الحديثة، ١٩٧٦، ص ١٩ ص ٢٣- د. علي حسن يونس، اصول القانون البحري، دار انعامي للطباعة، بدون سنة طبع، ص ٢١٣ ص ٢١٤.

وإذا استيعدنا هذا التشابه نجد ان الاختلاف قائم بين مسؤولية الادارة عن لاطاء الشخصية لموظفيها في القانون العام ومسؤولية المتبوع عن اخطاء التابع في لقانون الخاص ، اذا علمنا ان علاقة الموظف بالادارة تظل علاقة تنظيمية تحكمها قواعد القانون العام^(٣٩٠). في حين ان علاقة التابع بالمتبوع في غير ذلك محكومة بقواعد القانون الخاص. كما ان اساس تعويض الادارة للمضور عن الاخطاء الشخصية تموظف مرجعه قواعد العدالة ومتطلبات السياسة الادارية السليمة، بينما يكون اساس مسؤولية المتبوع في التشريعات المدنية عن اخطاء التابع راجعا الى قرينة الخطأ تبسيطة (كما في التشريع المدني العراقي) او القطعية كالتشريعين الفرنسي والمصري).

- المقصد الثاني -

مدى تأثير الاوامر الرئاسية على طبيعة اخطاء الموظفين:-

اثير تساعل حول اثر اوامر الرئيس الاداري على مسؤولية الموظف^(٣٩١)، وما اذا كان الخطأ الناشيء عن تنفيذ هذه الاوامر يمكن اعتباره خطأ شخصيا يتحمل الموظف وزره او انه خطأ مرفقي تسأل عنه الادارة.

تتعلق الاجابة على هذا التسائل بالطريقة المتبعة في التوفيق بين مبدئين اساسيين مبدأ المشروعية وضرورة احترامه من جهة، ومبدأ السياسة الادارية الجيدة (حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد) والذي يوجب على المرفوس اطاعة اوامر رئيسه من^(٣٩٢) جهة اخرى.

لم يتعرض المشرع الفرنسي لتنظيم مسألة وقوع خطأ من موظف نتيجة لامر صادر عن رئيسه، لذلك ترك حكمها للقواعد العامة والاجتهاد الفقه والقضاء. ووفقا لذلك فقد تمت التفرقة بين فرضين:-

(٣٩٠) انظر بصدد علاقة الموظف بالادارة- د. عادل الطبطباني، المصدر السابق، ص٣٨-د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القانون الاداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٧٦، ص٢٠٢ ص٢٠٣. د. ابراهيم شيحا، المصدر السابق، ص١٤٦- د. محمد فزاد مهنا، مبادئ واحكام القانون الاداري، المصدر السابق، ص٥٧٣.

(٣٩١) نقصد بالمسؤولية هنا المسؤولية المدنية، اما المسؤولية الجنائية فينظمها قانون العقوبات ، وانه قد تدفع المسؤولية الجنائية عن الموظف اذا تحقق شروط خاصة ومنها ما اذا كان الموظف لم يرتكب جريمة الا تنفيذا لامر الرئيس يجب عليه طاعته، مثال ذلك المادتان (١١٤-١٩٠) من قانون العقوبات الفرنسي والمادة ٦٣ من قانون العقوبات المصري، والمادتان ٣٩-٤٠ من القانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل-راجع هذا الصدد د. حكمت موسى سلمان، طاعة الاوامر واثرها في المسؤولية الجزائية، الطبعة الاولى، بغداد، ١٩٨٧، ص٦٩ ص٨٩.

(٣٩٢) انظر هذا الصدد ، د. شاب توما منصور، السلطة الادارية المختصة باتخاذ القرار الاداري، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد الاول، ١٩٧٨، ص٧ ص٢٣، بالاشارة الى ص١٦.

الفرض الاول- وهو ما اذا تجاوز المروؤس حدود الامر الرئاسي وذلك بتحريفه او تعديله او تنفيذه على وجه غير المقصود به، فهنا لا تثور اية مشكلة اذ يعتبر فيه الخطأ شخصيا ينسب الى الموظف وتترتب مسؤوليته الشخصية عنه، وكأن امر الرئيس لا وجود له ما دام الموظف لم يلتزم بتنفيذه طبقا لما صدر اليه.

الفرض الثاني- هو وقوع الخطأ رغم تنفيذ الموظف للوامر الرئاسية بصورة سليمة وكما صدر اليه. وهنا اختلف الفقهاء في تكييفهم لهذا الخطأ وما اذا كان بالامكان اعتباره خطأ شخصيا للموظف او انه خطأ مرفقي يستوجب مسؤولية الادارة^(٣٩٣)، كما وان القضاء لم يستقر على حل معين بصده. فذهب رأي^(٣٩٤) الى ان الخطأ الشخصي ينقلب الى خطأ مرفق كلما كان الخطأ ناتجا عن تنفيذ الموظف للوامر الرئاسية، أي ان امر الرئيس يؤدي الى تغير الطبيعة القانونية للخطأ لكون الموظف مكلفا بالطاعة فلا يملك ان لا ينفذ اوامر رئيسه الاداري وان كان الامر مخالفا للقانون ومن ثم فلا يكون خطأ الموظف في هذه الحالة شخصا مهما كانت دوافعه فلا يسأل عن نتائجه . وذهب رأي ثان^(٣٩٥)، الى ان من المستحيل ان تتغير طبيعة الخطأ نتيجة امر خارج عنه، فهو اما ان يكون خطأ شخصيا او خطأ مرفقيا، لان طاعة الرئيس غير واجبة اذا كانت مخالفة للقانون لان طاعة القانون اولى طالما يخضع كل من الرئيس والمروؤس له، ولذا فانه لا يصح للموظف الاحتفاء وراء الامر الرئاسي لدفع مسؤوليته، الا اذا كان عسكريا حيث يلزم العسكريون بتنفيذ اوامر رؤوسائهم دون ان يكون لهم حق مناقشتها. وذهب رأي ثالث^(٣٩٦) مذهباً وسطاً، اذ اعتبر ان مسؤولية الموظف قائمة عندما يكون الامر الرئاسي غير مشروع من الناحية الشكلية، حيث يتوجب على الموظف التثبت من بعض الامور منها اختصاص الرئيس في اصدار الامر واختصاص المروؤس في تنفيذه واستيفاء الامر الشكل الذي يتطلبه القانون. فاذا ما تبين للموظف عدم المشروعية الشكلية في الامر وجب عليه عدم تنفيذه والا انعقدت مسؤوليته الشخصية عنه. اما اذا كان امر الرئيس مخالفا للقانون من الناحية الموضوعية، فلا يملك الموظف حق التثبت منها او مناقشتها ومن ثم لا تتحقق مسؤوليته عنه اذا ما نجم عن تنفيذه ضرر. ونحن نميل الى الرأي الاخير لانه اقرب الى تحقيق التوازن بين مصلحة الاطراف ، ومصلحة الموظف في عدم اعتباره آلة صماء واجبها تنفيذ ما يصدر اليها من اوامر دون حق

(٣٩٣) راجع د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٤٨٣- د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٢٤٧.

(٣٩٤) Barthelemy: L influence de l'ordrehierar chiqui sur la resresponsabilite te agents. R.D.P. 1914, P. 491

نقلا عن د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق، ص ٥٧٥.

(٣٩٥) انظر هذا الصدد، العميد لين دكي، مؤلفة عن الدولة والحكام والاعضاء، الجزء الثاني، ص ٢٦٠- نقلا عن د. محمد

الشافعي، المصدر السابق، ص ٣٣٣- د. حكمت موسى سلمان، المصدر السابق، ص ٤٤.

(٣٩٦) في هذا المعنى انظر - جوزيف بارتملي، مقالة الموسوم اثر امر الرئيس على مسؤولية الموظفين، منشور في مجلة القانون العام

سنة ١٩١٤، ص ٤٩١- مشار اليه في د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري- القضاء التعويض، المصدر السابق، ص ١٣٠.

-Andre de laubadere op. cit.P. 594.

مناقشتها- كما ذهب الى ذلك الراي الاول- من جهة ، وتحديد مسؤوليته بالحالات التي تكون المشروعية في الامر الرئاسي واضحا من الناحية الشكلية من جهة اخرى، ومصلحة الادارة بتمكينها من اداء خدماتها بانتظام طالما كان الموظف يقوم بتنفيذ اوامر رؤسائه الاداريين اذا ما كانت مشروعة من الناحية الشكلية دون التوقف للتثبت من الناحية الموضوعية، التي تلقى على الموظف بذل جهد ووقت اضافيين، مما يقلل من محصلة عمله لدى المرفق. فضلا عن انه يفسح المجال للموظف في ابداء رأيه بشأن ما يصدر اليه من اوامر رئاسية فيحقق مصلحة الخزانة العامة لانه ينبه الرئيس بوجه عدم المشروعية في الامر الصادر عنه ليتداركه قبل ان ينفذ ويسبب ضررا^(٣٩٧). رغم وجاهة الراي الثالث ومنطقيته، فانه لا يتفق مع مسلك القضاء والمشرع الفرنسيين ، إذ انهما يقرران مسؤولية الموظف في بعض الحالات التي يكون فيها الامر مخالفا من الناحية الموضوعية سيما اذا كان الموظف على علم بوجه عدم المشروعية فيما نفذه من امر رئاسي^(٣٩٨). فقضت محكمة التنازع الفرنسية بمسؤولية محافظ نتيجة قيامه بمصادرة اعداد من جريدة مع النص في القرار على عبارات قذف للقائمين عليها على الرغم من ان قراره هذا بشقيه المصادرة والقذف جاء بناء على امر رئيسه وزير الداخلية، لأن عدم مشروعية امر وزير الداخلية كان ظاهرا في تضمنه عبارات قذف وشم وما كان على المحافظ اطاعته^(٣٩٩). كما وقضت في حالة اخرى بعدم مسؤولية الموظف على الرغم من خطئه الشخصي في تنفيذ الامر الصادر اليه، اذ كان عدم المشروعية يسيرا ولم يكن امام الموظف سوى تنفيذ الامر، فقارع الاجراس لا يملك الا ان يقرعها تنفيذا لامر العمدة^(٤٠٠).

(٣٩٧) انظر بهذا الشأن ايضا استنادا د. سعدي البرزنجي ود. عبد الرحمن رحيم، نظرات في النظام القانوني لانضباط موظفي الدولة في العراق، بحث منشور في مجلة الابحاث للعلوم الانسانية، تصدرها جامعة صلاح الدين ، العددان الثاني والثالث، السنة الثانية، الجزء الثاني، ١٩٩٠، ص ٧٤٧ ص ٧٨٣.

(٣٩٨) على ان المشرع الفرنسي قد عالج هذه المسألة في المادة ١٣ من قانون الموظفين لسنة ١٩٤١، والتي تضمنت على انه يجب على الموظف اطاعة الاوامر الصادرة اليه، فاذا كانت غير مشروعة ، ويجب عليه تبييه رئيسه الى وجه عدم المشروعية، فان اقتنع الرئيس بوجهة نظر المزموس انتهى الامر، اما اذا اصر الرئيس على امره وجب على الموظف تنفيذ الامر ولا مسؤولية عليه، ولكن الفى هذا القانون بقانون سنة ١٩٤٥، ثم حل محله القانون سنة ١٩٤٦ الذي جاء خاليا من النص المماثل للنص الملغى. (انظر في ذلك د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٣٣٢)- وكذلك انظر د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري- قضاء التعويض، المصدر السابق، ص ١٣١.

(٣٩٩) حكم محكمة التنازع الفرنسية في ١٧ تشرين الثاني، ١٩١٠ في قضية Angers - مشار اليه في مؤلف د. سليمان الطماوي ، ص ٣٣٥-و انظر ايضا د. محمود حلمي ، القضاء الاداري، المصدر السابق ، ص ٢٣٦.

(٤٠٠) د. محمد الشافعي، ص ٣٣٤.

فيتضح ان مجلس الدولة الفرنسي يرفض في قضائه ان يجعل طاعة الموظف لرئيسه طاعة مطلقة اذ يجيز للموظف بل ويحتّم عليه رفض الطاعة عندما يكون الامر مخالفا للقانون لكونه اولى بالاطاعة^(٤٠١).

اما في مصر فقد سلك المشرع اتجاها سليما بالنسبة لتنفيذ الموظف للاوامر الصادرة اليه من رئيسه الاداري، اذ نصت المادة ١٦٧ من القانون المدني المصري على انه "لا يكون الموظف العام مسؤولا عن عمله الذي اضر بالغير اذا قام به تنفيذا لامر صدر اليه من رئيسه متى كانت اطاعة هذا الامر واجبة عليه، او كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنيا على اسباب معقولة وانه راعى في عمله جانب الحيطة"^(٤٠٢). كما نصت المادة ٥٥ من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ على انه "لا يعفى العامل من العقوبة استنادا لامر رئيسه الا اذا اثبت ان ارتكابه للمخالفة كان تنفيذا لامر مكتوب بذلك صادر اليه من هذا الرئيس بالرغم من تنبيهه كتابة الى المخالفة في هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر القرار " فهذا النص وان كان متطفا بالمسؤولية التأديبية للموظف الا انه ينطبق على المسؤولية الادارية ايضا^(٤٠٣).

والملاحظ على هذا النص انه اكثر تشددا من نص المادة ١٦٧ من القانون المدني سالف الذكر، لانه يشترط لعدم مساءلة الموظف عن الاضرار الناتجة عن تنفيذه لاوامر رئيسه، ان يكون الامر مكتوبا ولم يكتف بكون الامر شفويا، كما انه الزم الموظف بضرورة تنبيه رئيسه الاداري كتابة بوجه عدم مشروعية في الامر الصادر اليه، فان اصر على امره غير المشروع فلا تبقى اية مسؤولية على الموظف اذا ما نفذ، بينما لم يتضمن النص السابق مثل هذه الشروط.

اما بالنسبة للتشريع العراقي، فقد نصت المادة ٢١٥ من القانون المدني على انه "٢...- ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولا عن عمله الذي اضر بالغير اذا قام به تنفيذا لامر صادر اليه من رئيسه متى كان اطاعة هذا الامر واجبة عليه او كان يعتقد انها واجبة. وعلى من احدث الضرر ان يثبت انه كان يعتقد مشروعية العمل الذي اتاه بأن يقيم الدليل على انه راعى في ذلك جانب الحيطة وان اعتقاده كان مبنيا على اسباب معقولة"^(٤٠٤). اما مشروع القانون المدني العراقي الجديد فقد تطرق الى هذا الموضوع في المادة ٤١٧ بنصها على انه "لا يكون الموظف مسؤولا عن الضرر الذي احدثه بالغير اذا قام به تنفيذا لأمر صدر اليه من رئيسه متى كانت اطاعة هذا الامر واجبة او كان يعتقد انها كذلك وكان يعتقد لاسباب معقولة مشروعية العمل الذي وقع منه وانه راعى في عمله جانب الحيطة"^(٤٠٥).

(٤٠١) د. سليمان الطماوي، دروس في قضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٧٥.

(٤٠٢) انظر القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٧.

(٤٠٣) وقد وردت هذه المادة في القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٨ وفي المادة ٧٨ بصياغة مشابهة- انظر د. محمود حلمي، القضاء

الاداري، المصدر السابق، ص ٢٤٢.

(٤٠٤) علي محمد الكرياسي، موسوعة التشريعات العقارية (٣)- القانون المدني، المصدر السابق، ص ٦٤.

(٤٠٥) مشروع قانون المدني الجديد، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٤.

الظاهر من نص هذه المادة انها لا تختلف في شيء عن نص المادة ٢/٢١٥ من قانون المدني النافذ، الا في الصياغة اللفظية دون أي تغير في المعنى. ويشابه النص لوارد في القانون المدني المصري. اما قانون انضباط موظفي الدولة رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ فقد نصت مادته الرابعة على انه "يلتزم الموظف باحترام رؤسائه والالتزام بالادب واللياقة في مخاطبتهم واطاعة اوامرهم المتعلقة باداء واجباته في حدود ما تقضي به القوانين والانظمة والتعليمات، فاذا كانت هذه الاوامر مخالفة فعلى الموظف ان يبين لرئيسه كتابة وجه تلك المخالفة ولا يلتزم بتنفيذ تلك الاوامر الا اذا اكدتها رئيسه كتابة وعندئذ يكون الرئيس هو المسؤول عنها" (٤٠٦)

يبدو لنا ان هذا النص حقق ميزتين - الاولى ان الرئيس قد لا يكون ملما بوجه المخالفة فيبين له المروءوس وجه المخالفة، والميزة الثانية ان المروءوس بعد ان يبين وجه المخالفة لرئيسه واصرار الاخير على تنفيذ الامر فإن الموظف يتخلص من المسؤولية حيث يتحملها الرئيس وفي ذلك ضمان للموظف في عدم تحمل المسؤولية بدون ان يرتكب خطأ.

ومهما يكن من أمر فإن هذه المادة تعد خطوة الى امام في مجال المسؤولية الادارية في العراق لمواكبة التوسع الحاصل في وظائف الادارة في الوقت الحاضر ومسايرة لتطور مسؤولية الموظف في دول اخرى كفرنسا ومصر.

- المقصد الثالث -

موقف القضاء والتشريع العراقيين من الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي:-

لم يطبق القضاء العراقي منذ البدء نظرية التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي على نحو الذي كان معمولاً به لدى القضائين الفرنسي والمصري نظراً لكونه كان وحتى وقت قريب قضاء موحد، والذي لا يعرف قواعد المسؤولية الادارية بالمفهوم الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي وهذا ما استوجب ضرورة عدم الخروج عن قواعد المسؤولية المقررة في القانون المدني (٤٠٧). ولما كان هذا القانون يخلو من أية اشارة الى التمييز بين نوعي الخطأ، عليه فلم يكن بإمكان هذه المحاكم تبني فكرة التمييز بين نوعي الخطأ لكونها لا تملك الخروج عن القواعد المدنية واجبة التطبيق (٤٠٨). الا ان عدم معرفة القضاء العراقي لفكرة التمييز بين نوعي الخطأ لا يعني ان هذا القضاء لم

(٤٠٦) نص قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.

(٤٠٧) ان نصوص المقررة في القانون المدني للتطبيق على قضايا مسؤولية الادارة هي المواد (٢٠٤-٢١٩-٢٣١). وهذه المواد هي التي يلجأ اليها القضاء العراقي عادة عند نظره في دعاوى المسؤولية بالاضافة الى المادتين (٢١٤-٢١٥).

(٤٠٨) تنص المادة الاولى/١ من القانون المدني على انه "يسري النصوص التشريعية على المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها". وتنص المادة الثانية على انه "لامساع لاجتهاد في مورد النص".

يصل في بعض احكامه الى نفس النتائج العملية التي تستهدفها فكرة التمييز هذه، وهي تحميل الادارة عبء التعويض عن الاخطاء المباشرة الصادرة عنها.

وفي ذلك قضت محكمة التمييز بمسؤولية مديرية الكهرباء عن وفاة شخص بسبب اهمال المديرية وعدم اتخاذها الحيطة اللازمة لمنع تسرب الكهرباء من خطوط الضغط العالي الى دار المواطنين القريبة^(٤٠٨)، ومسؤولية مصلحة اسالة الماء عن الاضرار التي احدثها انفجار الانبوب العائد لها لدار المدعي^(٤٠٩)، ومسؤولية البلدية عن تعويض الضرر الذي اصاب المدعي اذ لم تتخذ البلدية الحيطة والحذر فيما يعود اليها لمنع وقوع الحادث^(٤١٠). وقضت ايضا بمسؤولية مصلحة الكهرباء الوطنية بالتعويض عن اهمالها في تغليف الاسلاك الكهربائية وابعادها الشبابيك مما ادى الى قتل شخص بالتيار الكهربائي^(٤١١). وكذلك قررت مسؤولية امانة العاصمة بالتعويض عن اتلافها مزروعت المدعي دون وجه حق بقيامها بفتح شارع ولو كانت الارض اميرية زرعتها المدعي لان الزرع لمن زرع. وقضت ايضا بمسؤولية المؤسسة العامة للبريد والبرق والهاتف قبل شركة التأمين عن تسديد قيمة النقص الحاصل في الارسالية الذي عوضته الشركة للمرسل اليه المتعلق بفقد طرد بريدي لان اتفاقيات البريد العالمي المصادق عليها من قبل العراق هي التي تحكم الموضوع^(٤١٢). ففي كل هذه الاحكام اقرت محكمة التمييز خطأ الادارة وتقصيرها ومن ثم مسؤوليتها المباشرة ازاء المضرور، ولا شك فبي ان هذا الموقف للقضاء يؤكد ان بإمكان الادارة ارتكاب الاخطاء وقيام مسؤوليتها الشخصية عنها، وهذا ما يقترب كثيرا من نظرية الخطأ المرفقي الادارية. وعلى أي حال فان القضاء العراقي قد اشار صراحة وفي احد احكامه الى مساءلة التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ذلك في قضية تتلخص وقائعها في ان محافظ نينوى قام بمنع احد التجار من نقل الاخشاب التي اشتراها من الادارة بمزايدة علنية الى خارج دهوك، فسبب قراره هذا ضررا للتجار مما حمله على مقاضاة وزير الداخلية بصفته الوظيفية، فحكم له بالتعويض فاصدر وزير المالية قرارا يتضمن الزام المحافظ بمبلغ التعويض المدفوع للمضرور مما اضطر المحافظ الى اقامة دعوى منع معارضة ضد كل من وزير الداخلية و وزير المالية بصفتهم الوظيفية وذلك لطعن في قرار التضمين، فقررت محكمة التمييز ان المميز (المحافظ) كان يبقي المصلحة العامة عند اتخاذ قراره بالمنع ولم يخالف نصا قانونيا، ولا الانظمة المعمول بها ولا... فان الحكم عليه بالمبلغ ليس له اساس قانوني،... اذ انه (الموظف) لا يسأل عن خطئه المصلحي نتيجة قرار اتخذه موافقا للمصلحة العامة حسب تقديره، بل يسأل عن خطئه المتعمد في الاضرار بالمصلحة العامة^(٤١٣).

(٤٠٨) رقم قرار ٣٣/١٤٦٥ منقول/ ١٩٨٨- تاريخ القرار ١٩٨٨/٦/٢٧- مجموعة الاحكام العدلية. العدد الثاني. ١٩٨٨.

(٤٠٩) رقم قرار ٣٣/٣٥٣ منقول/ ١٩٨٨- تاريخ القرار ١٩٨٩/٧/٢٨- مجموعة الاحكام العدلية. العدد الثالث. ١٩٨٩.

(٤١٠) رقم القرار ٦٧١/ مدنية اولى/ ٧٦- تاريخ القرار ١٩٦٦/٦/٧- ابراهيم المشاهدي. المرجع السابق. ص ٢٥٨.

(٤١١) رقم قرار ٦٤١/ حقوقية/ ٦٨- تاريخ القرار ١٩٦٨/٥/٢٢- ابراهيم المشاهدي. ص ٢٦٠.

(٤١٢) رقم قرار ٨١/ ادارية اولى/ نقض/ ٩٨٦/٨٥- تاريخ قرار ١٩٨٦/٩/٢٤- ابراهيم المشاهدي. ص ٣٢٧.

(٤١٣) قرار محكمة التمييز في ١٢/١٦/ ١٩٧١- مجلة القضاء. العددين الاول والثاني. ١٩٧٢. ص ٣٥٨-٣٥٩.

من هذا الحكم يظهر ان محكمة التمييز قد استخدمت مصطلح الخطأ المصلحي (المرفقي) مما يدل على ان هذه المحكمة قد اقرت فكرة التمييز بين نوعي الخطأ، وهذا تطبيق لقواعد المسؤولية الادارية بخصوص خطأ الموظف.

وفيما يتعلق بمبدأ الجمع بين نوعي الخطأ الشخصي والمرفقي، نجد ان محكمة التمييز قد اقرت في حكم لها مبدأ الجمع وذلك عندما قضت بمسؤولية سائق سيارة وفقاً للمادة ٥٠٤ عقوبات لاهماله ورعونته مما ادى الى وفاة بعض الافراد وفي ذات الوقت قضت بمسؤولية الادارة لعدم تمكنها من اثبات بذل العناية الكافية لمنع وقوع الحادث وواجبت عليها دفع التعويض^(٤١١).

يتأكد لنا من هذا الحكم ان المحاكم العراقية تقر بامكانية قيام الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في وقت واحد مع رجحان احدهما على الآخر اذا كان اكثر اثراً في وقوع الضرر. ولكن هذه الاحكام لا يمكن مقارنتها بالاحكام الاخرى لمحكمة التمييز التي لم تأخذ فيها بنظرية التمييز بين نوعي الخطأ مما يمكن معه القول بان للقضاء العراقي تطبيقات لفكرة التمييز بين نوعي الخطأ لم ترق لتكون مبدأ من مبادئه المستقر عليها، ومع تبني القضاء العراقي النظام القضائي المزدوج في بداية عام ١٩٩٠، اصبح لازماً على هذه المحكمة تطبيق قواعد ومبادئ القانون الاداري والمسؤولية الادارية كالتى قررها قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وتطبيقها على القضايا التي تدخل في نطاق اختصاصها حتى تكتمل الصورة الحقيقية للقضاء الاداري في العراق.

اما التشريع فانه جاء خالياً من اية اشارة الى فكرة التمييز بين نوعي الخطأ الشخصي والمرفقي، فلم يتضمن قانون الضمانات العراقي الملغى أي نص يمكن ان ينبئ بفكرة التمييز بين اخطاء الموظفين وكذلك القانون المدني النافذ لم يعرف هذه الفكرة حيث جعل الموظف مسؤولاً عن جميع اخطائه التي يرتكبها اثناء اداء وظيفته وذلك عندما اجاز للادارة الرجوع على الموظف مرتكب الخطأ بكل التعويض الذي دفعته للمضرور لذا فقد قال البعض^(٤١٢) انه لا نجد في نظام المسؤولية الادارية في العراق سوى قواعد الواردة في القانون المدني وتوابعه، وهذه المسؤولية تقوم اما على اسباب الالتزام واما على العلاقة التبعية ما بين الشيء ومالكه او المسؤول عنه. وجميع جوانب هذه المسؤولية ينظمها القانون الخاص سيما القانون المدني.

هذا وبسبب اجحاف الحالة بالنسبة للموظف في ظل هذه القوانين، لترتب مسؤوليته عن كافة اخطائه الشخصية منها والوظيفة، فان مشرع قانون اصلاح النظام القانوني قد تنبه الى ذلك فنص على ضرورة ان تكون الدولة مسؤولة عن الضرر الذي يلحق بالموظف نتيجة ممارسة واجباته^(٤١٣) وفي هذا بلا شك ضمانات للموظف يتحمل الدولة المسؤولية عن اخطائه الواقعة بسبب القيام باداء واجباته الوظيفية.

(٤١٤) حكم محكمة الصير الصادر في ١٠/٨/١٩٧٧-مجلة مجموعة الاحكام العدلية. العدد الثاني. السنة الثانية عشر. ١٩٨١.

ص ٣١-٣٢- ونظرا ايضا حكمها الصادر في ٤/٤/١٩٨١- مجموعة الاحكام العدلية. العدد الثاني. ١٩٨١. ص ٢٩.

(٤١٥) انظر في هذا المعنى حامد مصطفى. المصدر السابق. ص ١٧٤.

(٤١٦) قانون اصلاح النظام القانوني. المرجع السابق. ص ٥٠.

واعمالاً لهذا النص وبسبب العيوب التي اكتنفتها النصوص السابقة المتعلقة بمسؤولية الإدارة فإن مشروع القانون المدني العراقي قد عالج هذه المسألة في المادة ١٨٤ بنصه "يضمن المتبوع الاضرار التي يحدثها تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه، وليس للمتبوع الرجوع على التابع بما دفعه من تعويض مادام الضرر قد وقع بسبب تأدية العمل او الوظيفة او اثباتها، ما لم يكن الضرر قد نشأ عن تعدد التابع او خطئه الجسيم".

والملاحظ على هذه المادة انها قد عالجت مسؤولية المتبوع او الإدارة بصورة افضل من المادة ٢١٩ من القانون المدني النافذ ومن المادة الخامسة من قانون الضمانات الملغى. اذ انها م-١٨٤- اعتبرت الموظف غير مسؤول عن اخطائه المرتكبة بسبب الوظيفة او اثباتها ما لم يكن متعمداً او جسيماً ولا شك ان هذا يشمل معظم حالات الخطأ التي من الممكن ان يقع فيها الموظف، وهو ما يحقق مصلحة الموظف بعدم مسؤوليته عن هذه الطائفة من الاخطاء، كما وتحقق مصلحة المضرور لان الإدارة ستدفع له التعويض في كل الاحوال باعتبارها متبوعاً، فيكون المضرور بمنجى من حالة اضرار الموظف، وفي ذلك ضمانات للموظف الذي سيعمل بالتالي في جو من الطمأنينة وعدم الخشية من المسؤولية فيستبعد الجمود والروتين والتقيد بحرفية التعليمات الوظيفية، وهذا ما يؤدي الى زيادة في انتاجية الموظف ويرفع من كفاءته، وفي هذا تتمثل مصلحة الإدارة.

اما ما اقرته هذه المادة للإدارة بحق الرجوع على الموظف في حالتي الخطأ العمد والخطأ الجسيم، فلها مزاياها ايضاً، اذ يعمل على ان ينمي في نفس الموظف الاحساس بالواجب والمسؤولية طالما كان هناك مجال لمساءلته عن بعض اخطائه، مما يحمله على بذل جهود اضافية في اداء وظيفته وتجنب كل مامن شأنه الاساءة اليها. ولكن رغم التطور الذي حققه نص المادة ١٨٤ من المشروع بصدد اخطاء الموظف ومسؤولية الإدارة عنها الا انه ياحبذا لو تضمن المشروع نصاً اخر الى جانب نص هذه المادة يقرر صراحة مبدأ التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ليساير التشريع العراقي ما توصل اليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي من تطور في هذا المجال اسوة بما فعله مشرعوا بعض الدول نظير مشرع القانون المدني لجمهورية روسيا في المادة ٤٤٦ بنصها^(٤١٧) تسأل منشآت الدولة عن الضرر الذي تلحقه بالمواطنين افعال الموظفين الخاطئة المتعلقة بالخدمة في مجال المصالح الإدارية طبقاً للقواعد العامة ما لم يتقرر ذلك بقانون خاص". وكذلك نصت اساسيات التشريع المدني لجمهوريات الاتحاد السوفيتي في المادة ٨٨ منها على فكرة التمييز بين نوعي الخطأ بنصها^(٤١٨) على انه "تلزم الهيئات بتعويض الضرر الناشئ عن اخطاء موظفيها من القيام بواجباتهم المهنية

(٤١٧) القانون المدني لجمهورية روسيا الاشتراكية السوفيتية- النص الرسمي- ترجمة ثروت انيس الاسيوطي، دار التقدم، موسكو، ١٩٧٣، ص ٢٣٥.

(٤١٨) اساسيات التشريع المدني، لاتحاد الجمهوريات السوفيتية الاشتراكية، والجمهوريات المتحدة، ترجمة محمد ليب شنب،

مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، ١٩٦٦، ص ٣٣٣.

(المصلحة)". كما ونصت المادة ٨٩ من هذه الاساسيات على انه "تسأل منظمات الدولة عن الضرر الذي يصيب المواطنين من الاعمال المصلحية المخالفة للقانون من موظفيها في مجال الادارة وفقا للقواعد العامة (م ٨٨) ما لم ينص تشريع خاص على ذلك". واخذت قوانين بعض الدول العربية بهذا التمييز صراحة، فالمادة ٨٠ من قانون الالتزامات والعقود المغربي والمادة ٨٤ من قانون الالتزامات والعقود التونسي اخذتا بمسؤولية الاشخاص المعنوية العامة والخاصة المباشرة عن الاخطاء الوظيفية التي يرتكبها تابعوها^(٤١٩). كما تضمن قانون خدمة العاملين رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ في مصر على انه "لا يسأل العامل مدنيا الا عن الخطأ الشخصي"^(٤٢٠).

وصفوة القول ندعو واضعي مشروع القانون المدني العراقي الجديد الى اضافة نص جديد الى المشروع على ضوء نصوص القوانين التي اوردناها.



(٤١٩) راجع بهذا الصدد د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ٧٧ ص ٧٨.

(٤٢٠) وتكررت هذه المادة في قانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ في مصر.

-المبحث الثاني-

أساس المسؤولية التبعية للإدارة

لا بد من القول بأن المقصود بالمسؤولية التبعية للإدارة هي مسؤوليتها وفقاً للقواعد المدنية أي قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع^(٤٢١)، وهذه المسؤولية كما هو معلوم، مسؤولية عن فعل الغير وبمعنى آخر أن مسؤولية المتبوع لا تقوم إلا بثبوت مسؤولية التابع وتنتفي بانتفاء هذه المسؤولية. ويؤكد الرأي الراجح في الفقه على أن مسؤولية المتبوع (الإدارة) هي مسؤولية غير مباشرة، أي أن المسؤول الأول (الأصلي) هو التابع (الموظف) الذي ارتكب الخطأ فيكون مسؤولاً عن فعله، ولكن مسؤوليته تنعكس على المتبوع فتأتي مسؤوليته في الدرجة الثانية، فيتحمل عبء الضرر الناتج عن فعل التابع^(٤٢٢).

ولما كانت مسؤولية الإدارة بهذا الوصف تخضع في حكمها للقانون المدني، فلا يكون أمراً اجتهادياً، بل يجب أن تحصر في الأحوال التي تنص عليها نصوص هذا القانون^(٤٢٣)، لذا فإن القوانين المدنية في كل من فرنسا والمصر والعراق قد تضمنت نصوصاً بشأن هذه المسؤولية فالمادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي قد نصت على حالة المسؤولية عن فعل الغير، حيث قررت بأن "الشخص يسأل ليس فقط عن الأضرار التي تصيب الغير بفعله الشخصي، بل يسأل عن الأضرار التي تحدث بفعل غيره" ثم بينت هذه المادة من بين الأشخاص المسؤولة، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع وذلك في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة بنصها على أنه "ويسأل المخدم والمتبوع عن الأضرار المحدثّة من قبل الخادم والتابع في الأعمال التي تعهد إليهما". كما نصت المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري على أنه "١- يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقفاً في حالة تادية وظيفته أو بسببها".

١- وتقوم الرابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه".

(٤٢١) لا نقصد هنا دراسة مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع من كافة جوانبها وكل الأسس المطروحة بشأن تبريرها، ولكننا نكتفي بالقدر اللازم لالقاء الضوء على الموضوع الذي نحن بصددده وهو مسؤولية الإدارة وفقاً للقواعد المدنية. وفيما يزيد عن هذا القدر نحيل القارئ على مراجع القانون المدني في موضوع المسؤولية عن فعل الغير.

(٤٢٢) أنظر د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير، ط ١، منشورات العويدات، باريس - بيروت.

١٩٨٧، ص ١٠٣-١٠٤، وايضاً د. عبدالمعمر فرج الصدة، المصدر السابق، ص ٦٦٦.

(٤٢٣) راجع الاستاذين عبد الوهاب مصطفى و رايح لطفى جمعة، جرائم الوظيفة العامة، القاهرة، ١٩٦٣، ص ٢٤٤، وايضاً

د. ابراهيم ابو الليل و د. محمد الالفي، المدخل الى نظرية القانون ونظرية الحق، مطابع المهوي، الكويت، ١٩٨٦، ص ٣٠٠.

اما القانون المدني العراقي فقد نصت في المادة ٢١٩ على أن " ١ - الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات التجارية أو الصناعية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم إذا كان الضرر ناشئا عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم .

٢- ويستطيع المخدم أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لا بد واقعا حتى لو بذل هذه العناية" (٤٢٤). فالمسؤولية التبعية للإدارة تستند لنصوص هذه المواد القانونية كمصدر لها، ومما لا يخفى أن خضوع مسؤولية الإدارة لقواعد القانون المدني ليس أمرا طارئاً أو جديداً، ففي فرنسا نجد أن القضاء العادي (البرلمانات) كانت تنظر في كافة قضايا مسؤولية الإدارة وتطبق بشأنها القواعد المدنية قبل إنشاء مجلس الدولة الفرنسي وقيامه بإنشاء قواعد مسؤولية الإدارة وتمييزها عن قواعد المسؤولية المدنية حتى أن الفقهاء الفرنسيين قد اختلفوا فيما بينهم حول القواعد التي يجب أن تحكم مسؤولية الإدارة قبيل صدور حكم بلاتكو، إذ كان الاتجاه السائد فيه يميل إلى وجوب استقلال قواعد المسؤولية الإدارية عن قواعد المسؤولية المدنية، إلا أن جانباً آخر من الفقه كان يرى عكس ذلك و يدعو إلى ضرورة نبذ الاستقلال التام بين قواعد القانون الإداري و قواعد القانون الخاص فيما يتعلق بمسؤولية الإدارة (٤٢٥). وكان الفقيه الفرنسي Luchet من الأوائل الذين لفتوا النظر إلى وجوب العودة إلى تطبيق قواعد القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية عن فعل الغير على قضايا مسؤولية الإدارة لما كان يجده من وحدة في طبيعة و أساس هذه المسؤولية ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في مجال القانون المدني (٤٢٦). وكذلك يخضع قسم كبير من قضايا مسؤولية الإدارة للقواعد المدنية سواء في مصر أو في العراق ولم يؤثر في ذلك نشوء القضاء الإداري المستقل فيهما .

ففي السنوات الأخيرة تعرض الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع أو الإدارة للفحص والتدقيق، وكانت هناك العديد من المناقشات الأكاديمية وبعض الجدل القضائي حول حقيقة ذلك الأساس فاختلف الفقه كثيراً في تحديد هذا الأساس مما أدى ببعض الفقهاء إلى وصف مسألة الأساس بأنها مسألة معقدة، وبأنه من غير الممكن تأسيس تلك المسؤولية على مبنى قانوني واحد يكون بمنجاة من التحفظ حوله والجدل بشأنه، وكيفينا أن نعرض الأفكار والنظريات التي رسمت أساس تلك المسؤولية بما يتفق والواقع القانوني دون التطرق للنظريات التي تعتمد الاصطلاحات والأفكار الغامضة والتي لا

(٤٢٤) ويقابل نصوص هذه المواد في قوانين دول أخرى. المادة ١٩٠٣ من القانون الإسباني، والمادة ٢٠٨ من القانون البرتغالي، والمادة ٣/٨٥ من القانون المراكشي، والمادة ٨٠ من المشروع الدولي - انظر زهدي يكن. المصدر السابق. ص ٢٣٩ - وايضا عبد الباقي محمود سوادي. مسؤولية الخامي المدنية عن اخطائه المهنية. الطبعة الاولى، دار الحرية للطباعة. بغداد.

(٤٢٥) سنناول بالتفصيل الخلاف حول القواعد الواجبة التطبيق على مسؤولية إدارة عندما نأتي إليه في الباب الثاني من رسالتنا .

(٤٢٦) انظر بهذا الصدد - د. ابراهيم طه الفياض. المصدر السابق. ص ٦٠٢ وايضا Rene chapus, op.cit. P.23

تفسر هذا الأساس بما ينسجم ومبادئ القانونين المدني والإداري^(٤٢٧). أما ما نعينه هنا من دراسة أساس المسؤولية التبعية للإدارة فهو تحديد السبب الذي يجعل الإدارة مسؤولة عن الأخطاء التي يرتكبها موظفوها أو تابعوها أي إيجاد المبرر القانوني لتفسير هذه المسؤولية^(٤٢٨). ويمكن القول بصورة عامة أن هناك نزعتين أساسيتين في تحديد أساس مسؤولية المتبوع أو الإدارة عن أخطاء التابع أو الموظف، النزعة الشخصية وتتناول فيها نظرية الخطأ المفترض بجانب الإدارة، والنزعة الموضوعية ونتطرق فيها إلى كل من نظرية تحمل التبعية ونظريات أخرى استبعدت الخطأ من نطاقها. وسنفرد لكل منهما مطلباً مستقلاً. كما سنخصص مطلباً ثالثاً لبيان موقف القانون العراقي من هذه النظريات المطروحة كأساس لمسؤولية الإدارة.

-المطلب الأول-

النزعة الشخصية في أساس المسؤولية التبعية للإدارة:-

لعب الخطأ دوراً هاماً كأساس للمسؤولية عن فعل الغير سواء في القانون الخاص أو في القانون العام لدى الفقه التقليدي الذي اعتمد في تفسير أساس هذه المسؤولية سلوك الأشخاص أطراف المسؤولية أي الشخص مرتكب الخطأ الذي نتج عنه الضرر، والمسؤول عن هذا الشخص، والمضطرور من التصرف الخاطئ فهناك من ذهب إلى أن أساس مسؤولية المتبوع أو الإدارة هو الخطأ المنسوب إلى التابع أو الموظف وهو خطأ واجب الإثبات عادة إلا أنه ثبت بعد ذلك أن هذا الخطأ هو شرط من شروط مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها^(٤٢٩)، ولا يمكن أن يصبح أساساً لهذه المسؤولية، بينما ذهب أغلبية الفقه التقليدي إلى تأسيس مسؤولية المتبوع أو الإدارة على فكرة

(٤٢٧) Atiyah, vicarious Liability, op.cit, P.6.

(٤٢٨) عادل احمد الطائي، المصدر السابق، ص ١٤٨.

(٤٢٩) لا بد لنا من أن نشير بالتضاب إلى الشروط اللازمة لتحقيق مسؤولية إدارة التبعية عن أعمال موظفيها وهي ثلاثة:-
الشرط الأول - ثبوت العلاقة التبعية بين الإدارة والموظف، فالعلاقة التبعية تتوافر عندما تكون للإدارة سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه وإصدارها للأوامر إليه ومحاسبته عن الخروج عليها. وتقوم رابطة التبعية ولو لم تكن الإدارة حرة في اختيار الموظف.
الشرط الثاني - صدور خطأ من الموظف بسبب ضرراً للغير، فمسؤولية إدارة التبعية تدور مع مسؤولية الموظف وجوداً وعدمًا، فإذا لم يصدر خطأ من الموظف فلا وجه لمساءلة الإدارة. غير أن مسؤولية الموظف تقوم في حالات متعددة على أساس خطأ مفترض في جانبه، كما هو بالنسبة لمسؤولية المدرسين إزاء تلاميذهم أو الموظف عندما يكون حارساً لألات ميكانيكية.
الشرط الثالث - ارتباط خطأ الموظف بالوظيفة، فمسؤولية إدارة لا تقوم عن جميع تصرفات الموظف الخاطئة بل تقتصر على الأخطاء المتعلقة بالوظيفة، أما صور ارتباط الخطأ بالوظيفة فهي ثلاث - الخطأ في أثناء تأدية الوظيفة، والخطأ بسبب الوظيفة، والخطأ بمناسبة الوظيفة.

انظر في تفصيل ما ذكرناها - د. احمد شوقي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ٢٤٤ - ٢٥٠. أيضاً عادل احمد الطائي، المصدر السابق، ص ١٠٣ - ١١٠. د. ابراهيم الفياض، المصدر السابق، ص ١٥٨ - ٣٠٥.

الخطأ المفترض سواء القطعية غير القابلة لإثبات العكس أو البسيطة القابلة لإثبات العكس^(٤٣٠)، وقد أخذ معظم التشريعات المدنية بهذا الأساس لتبرير مسؤولية الإدارة باعتبارها متبوعاً، ومنها التشريع الفرنسي والمصري والعراقي فندى أنه من الضروري تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نلقي الضوء في الفرع الأول على مفهوم الخطأ مدنياً وإدارياً، ونتكلم عن نظرية افتراض الخطأ بجانب الإدارة في الفرع الثاني .

الفرع الأول - مفهوم الخطأ في القانونين المدني والإداري :

الخطأ لغة ضد الصواب، وجمعه (أخطاء) أو الخطء وهو مصدر الفعل (خطئ) والاسم (الخطيئة)^(٤٣١). أما في القانون فلم يعرف المشرع في الدول العربية الخطأ في نص محدد لا في القانون المدني ولا في القانون الإداري، متجهة في ذلك نهج المشرع الفرنسي الذي لم يعرفه هو الآخر تاركاً ذلك لجهود الفقه المدني والإداري^(٤٣٢)، عملاً بالسياسة التشريعية السليمة التي ترفض للمشرع من أن يزج بنفسه في تعاريف يختلف أمرها باختلاف الاتجاهات السياسية والظروف الاجتماعية والاقتصادية^(٤٣٣).

والملاحظ أن الفقهاء أنفسهم سواء في القانون المدني أو في القانون الإداري لم يتفقوا على تعريف للخطأ مما أصبح موضع خلاف وجدال شديدين إلى حد أن قال البعض "أن الخطأ شيء يستعصي عن التعريف وأنه اصطلاح سهل لإخفاء غموض الفكرة"^(٤٣٤)، لذا فقد كثرت التعاريف الفقهية للخطأ وتنوعت بحيث لم يخل واحد منها من نقد يوجه إليه حتى أصبح الاختيار بينها أمراً صعباً، ومن هذه التعاريف ما قدمه الفقيه Chapus من أنه "إخلال بالتزام سابق مع توافر الإدراك"^(٤٣٥). وهذا التعريف يشابه تعريف Planiol للخطأ بأنه "عدم الوفاء بالتزام سابق" والذي يتفق بشأنه معظم فقهاء القانون الخاص كما عرفه savatier بأنه "الإخلال بواجب في الامكان معرفته و مراعاته"^(٤٣٦). إذ قرر هذا الفقيه أن الواجبات أو التزامات القانونية لا تستمد من المبادئ العامة للقانون وحدها كما ذهب إليه الأستاذ بلاتيول، بل يمكن أن تنشأ من

(٤٣٠) راجع د. محسن البيه، المصدر السابق، ص ٢٠٤ - ٢٠٥ د. توفيق حسن فرج، المصدر السابق، ص ٢٠٧٢ - ٢٧٥ .

(٤٣١) محمد بن أبي بكر الرازي، المصدر السابق، ص ١٨٠ .

(٤٣٢) د. طلال عامر المهتار : المصدر السابق، ص ٢٤٨ - د. محمود مختار البربري، المسؤولية التقصيرية للمصرف، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٦٢ .

(٤٣٣) يجدر ذكره أن القوانين المدنية في كل من تونس والمغرب واليمن قد خالفت النهج العام إذ عرفوا في المادة ٨٣ تونسي

والمادة ٨٧ مغربي والمادة ٦٦٠ يعني بأنه "الخطأ هو إهمال ما يجب أو إتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الأضرار" - جبار صابر، المصدر السابق، ص ٥٣ - حمزة خسرو المرجع السابق، ص ٨ .

(٤٣٤) نقلاً عن أحمد شوقي عبدالرحمن، المصدر السابق، ص ٦٧ .

(٤٣٥) Rene Chapus, op.cit. P.352.

(٤٣٦) نقلاً عن د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام، المصدر السابق، ص ٧٧٨ .

القانون او من العقد او تفرضها مبادئ العدالة او الاخلاق وهذه المبادئ العامة يتوجب على القاضي احترامها ^(٤٣٧).

ومما يؤخذ على هذه التعاريف عدم تحديدها للالتزامات التي يمثل الاخلال بها خطأ، وسبل معرفة هذه الواجبات القانونية او حالاتها مالم يكن ثمة نص يتضمن كل تلك الالتزامات او الواجبات .

وقد حاول الاستاذ بلاتبول تجاوز هذا النقد بحصر الالتزامات في اربع حالات وهي الامتناع عن العنف، والكف عن الغش، والاحجام عن كل عمل لم تنهيا له الاسباب من قوة و مهارة و يقضة، و الالتزام ببذل العناية في رقابة الاشخاص او الاشياء، الا ان هذه الجهود لم تؤد الى الغاية المنشودة لأنها تعد تقسيما لأنواع الخطأ لا تحديدا له ^(٤٣٨) وعرف عمانويل ليفي الخطأ بأنه "اخلال بالثقة المشروعة - ثقة الشخص بنفسه في ان يقدم على العمل دون ان يتوقع الاضرار بالغير، وثقة الناس بالشخص في ان يحجم عن اعمال التي تضر بهم " وعيب هذا التعريف انه لم يأت بايضاح عملي كبير لتعريف الخطأ، اذ ما هو مقياس هذه الثقة المشروعة؟ فضلا عن انه اقرب الى النظر الفلسفي منه الى تعريف ^(٤٣٩). كما وعرف الاستاذان مازو الخطأ بأنه "تقصير في مسلك الانسان لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها الفاعل" ^(٤٤٠). والملاحظ ان الاستاذين "مازو" يعارضان في وجود عامل شخصي او نفسي في فكرة الخطأ، لذلك فهما يعتمدان العنصر المادي في تعريفهما للخطأ ^(٤٤١)، وعرف د. سنهوري الخطأ بأنه "اخلال بالتزام قانوني" مضمونه عدم الاضرار بالغير او باتخاذ الحيلة اللازمة لعدم الاضرار بالغير ^(٤٤٢)، وهذا التعريف هو المستقر عليه لدى جانب كبير من الفقه وكذلك القضاء . كما ويعرفه الدكتور ماجد راغب الحلو بأنه "مخالفة لأحكام القانون تتمثل في عمل مادي او تصرف قانوني تأخذ صورة عمل ايجابي او يأتي على هيئة تصرف سلبي ينشأ عن عدم القيام بما يوجبه القانون" ^(٤٤٣)، ويعرف استاذنا د. عبدالرحمن رحيم ^(٤٤٤) . الخطأ الإداري بأنه "مخالفة الإدارة في عملها المادي او تصرفها القانوني بصورة ايجابية او سلبية للحكم القانوني الخاص بتنظيمه".

مما تقدم يمكن القول بان تعاريف الفقهاء للخطأ تظل مجرد محاولات في هذا الشأن، ولا يمكن لأي من هذه التعاريف ان يرقى ليصبح تعريفا مانعا وجامعا وذلك لان مفهوم الخطأ يتغير تبعا لظروف كل حالة بحيث يصعب تحديده في اطار جامد .

^(٤٣٧) د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ١٨٨ ص ١٨٩.

^(٤٣٨) د. حسين عامر - عبدالرحيم عامر، المصدر السابق، ص ١٤٠ ص ١٤١.

^(٤٣٩) نقلا عن د. عبدالرزاق سنهوري، ص ٧٧٨.

^(٤٤٠) H. L. Mazeaud et tunc, op.cit. P.757, No.637.

^(٤٤١) جابر صابر، المصدر السابق، ص ٥٢.

^(٤٤٢) د. عبدالرزاق احمد السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المصدر السابق، ص ٧٧٨ .

^(٤٤٣) د. ماجد راغب الحلو ، المصدر السابق، ص ٤٧٦.

^(٤٤٤) انظر بحثه السابق ذكره. مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ، ص ٣.

ان الاختلاف بين الخطأ الاداري والخطأ المدني يكمن في المعيار المستخدم لتقدير كل منهما، فبينما يقدر الخطأ وفقا للقواعد المدنية بمعيار جامد (معيار الشخص العادي) يجري تقديره وفقا للمبادئ الادارية التي اقرها مجلس الدولة الفرنسي على ضوء كل حالة على حدة مراعى في ذلك الظروف المتعلقة بالمرفق^(٤٤٥).

ومهما يكن من امر فإن الخطأ قد اعتبر أساسا للمسؤولية المدنية والادارية^(٤٤٦) سواء على صعيد التشريع^(٤٤٧) او القضاء، وهذا يعني ان الإدارة لا تسأل عن اعمالها غير التعاقدية بدون خطأ في جانبها، سواء ما كانت منها اعمالا مادية او قرارات ادارية التي يتجسد الخطأ فيها في عدم مشروعية هذه القرارات، فقد قضت محكمة تمييز في العراق بان البلدية لا تكون مسؤولة عن الضرر الناتج عن قيامها بتعيين مستوى الشارع وتبليطه الا اذا كانت متعديّة حسبما نصت عليها المادة ٢١٩ مدني^(٤٤٨)، وقضت ذات المحكمة بان المتصرفية مسؤولة مسؤولية تقصيرية بمقتضى المادة (٢٠٤) مدني عن الضرر الذي اصاب المدعين اذ تبين لدى التدقيق ان المتصرفية ارتكبت خطأ في اعلائها للمأجور بالمزايدة^(٤٤٩). وايضا قضت بانه "تسأل امانة العاصمة عن الاضرار التي تصيب الغير بسبب خطأ مستخدميها استنادا الى المادة ٢١٩ من القانون المدني"^(٤٥٠). والملاحظ ان الحكمين الاول والثالث تضمنتا الخطأ المادي للإدارة، بينما تضمن الحكم الثاني الخطأ في القرار الاداري لانه جاء مخالفا للقانون .

(٤٤٥) د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ١٥٣ - د. عبدالرزاق السهري، ص ٧٧٩.

(٤٤٦) راجع هذا الشأن د. سعد العصفور و د. محسن خليل، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٥٥٠.

(٤٤٧) اختلفت التشريعات بصدد الالفاظ والصيغ التي استخدمتها للتعبير عن الخطأ، فالمشرع العراقي اورد لفظ (تعدي) في المادة ٢١٩ من القانون المدني، واستعمل القانون المدني السوري (١٢٧م) والمصري (١٧٤م) والليبي (١٧٧م) عبارة (عملا غير مشروع)، وتضمن ١٢٧م من قانون الموجبات والعقود اللبناني لفظ (عملا غير مباح)، وتقنين الالتزامات والعقود المغربي (٧٩م) والتونسي (٨٤م) تضما مصطلح (خطأ مصلحيا) - ولم يرد في القانون المدني الفرنسي (١٣٨٤م) ما يصرح بضرورة وقوع خطأ من التابع الا ان الفقه والقضاء هناك يصران على وجوب توافر الخطأ .

وما هو معلوم ان للخطأ عنصرين، العنصر المادي (الاخلال او التعدي)، والعنصر المعنوي (الادراك او التمييز). والتعدي قد يكون عمديا وهذا ما يسمى بالجريمة المدنية وهي تعادل الفش الروماني **Dolus Romain** وقد يكون غير عمدي ويسمى بشبه الجريمة المدنية.

اما العنصر الثاني للخطأ (الادراك او التمييز) فهو القدرة على تمييز الخطأ من الصواب، وبانعدامه لا تتحقق المسؤولية كما هو الحال بالنسبة لعدم التمييز كالصغير او المجنون .

لتفصيل انظر د. عبدالرزاق سهروري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص ٧٧٨ ص ٧٨٣ وايضا د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ١٧٩ - والاستاذان مازو وتونك، المصدر السابق، ص ٩٩٥ ص ٩١٦.

(٤٤٨) رقم قرار ١٤٨٩ / حقوقيه ٩٦٣ تاريخ القرار ١٤/١٢/١٩٦٣ - ابراهيم المشاهدي، المرجع السابق، ص ٢٥١.

(٤٤٩) قرار تمييزي في ١٩٥٧/٣/٥ - عبدالعزيز السهيل، احكام القضاء العراقي، الجزء الاول، ١٩٦٢، ص ٢٩٩.

(٤٥٠) قرار تمييزي في ١٩٥٤/٣/٢٨ - مجموعة عبد الرحمن العلام، القسم المدني، رقم ١٠٣٥، ص ٣٢١، نقلا عن عادل احمد

الطائي، المصدر السابق، ص ١٤٤.

وقضت محكمة النقض المصرية بمسؤولية الإدارة عن الضرر الذي يحدثه تابعها بعمله غير المشروع الواقع حالة تادية الوظيفية او بسببها لان قوامها وقوع خطأ من التابع مستوجب مسؤولية بحيث إذا انتفت مسؤولية التابع فان مسؤولية المتبوع لا يكون لها من أساس تقوم عليه وفقا لما تضمنته احكام المادة ١٧٤ من القانون المدني^(٤٥١). وقضت ايضا بانه "لا تقوم مسؤولية الحكومة عن تعويض الاضرار التي تلحق الافراد بسبب الاضطرابات والقلقل الا اذا ثبت ان القائمين على شؤون الامن قد امتنعوا عن القيام بواجباتهم وقصروا في ادارتها تقصيرا يمكن وصفه في الظروف التي وقع فيها الحادث بانه خطأ"^(٤٥٢).

وقضت محكمة النقض الفرنسية بان "المتبوع لا يكون مسؤولا عن النتائج الضارة لنشاط تابعه ما لم يكن الضرر قد نتج عن خطأ ارتكبه التابع"^(٤٥٣) كما وقضت هذه المحكمة بانه "لا يمكن مسائلة المتبوع عن تابعه ما لم يكن الاخير قد ارتكب خطأ بمفهوم المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي^(٤٥٤)".

الفرع الثاني- نظرية افتراض الخطأ بجانب الإدارة :

تأتي هذه النظرية في مقدمة النظريات التي اتجهت اليها انظار الفقه التقليدي في فرنسا^(٤٥٥)، وهي تعد الفكرة المهيمنة الرئيسية في مجال المسؤولية التبعية للإدارة، حيث ان الفقه الاداري قد خصص لها مكانا الى جانب المسؤولية الخطئية التي يلزم فيها المضرور اقامة الدليل على وقوع الخطأ، فافتراض الخطأ بجانب الإدارة واصبح عبء الاثبات معكوسا بحيث لا يكلف المضرور اثبات خطأ الإدارة، فوقع الخطأ من الموظف (التابع) يعني "وفقا لهذه النظرية" ان الإدارة (المتبوع) هي الاخرى قد ارتكبت الخطأ. وبوجه عام فان هذه النظرية مستوحاة من الرغبة بأعطاء موقف ايجابي و مؤات للمضرور^(٤٥٦). وافتراض الخطأ بجانب الإدارة افتراض قاطع (غير قابل لاثبات العكس) في القانونين المدني الفرنسي والمصري، وافتراض بسيط (قابل لاثبات العكس) في القانون المدني العراقي^(٤٥٧).

(٤٥١) نقض ١٩٦٣/٥/١٦- المجموعة ٤- ص ٨٨٨- عبدالمعنى حسني، مدونة التشريع والقضاء، المرجع السابق، ص ٤ (٥/١٠).

(٤٥٢) نقض ١٩٦٨/٣/١١- المجموعة ١٩- ص ٥٧٦- عبدالمعنى حسني، ص ٧ (٥/١٠).

(٤٥٣) نقض فرنسي ١٣ شباط ١٩٥٧، دالوز، ص ٦٢- نقلا عن عادل الطائي، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٤٥٤) نقض فرنسي ١١ آيار ١٩٥٦، دالوز، ١٩٥٧، ص ٢١- المصدر السابق، ص ٥٠.

(٤٥٥) جبار صابر طه، المصدر السابق، ص ٣١٥.

(٤٥٦) Andre de laubadere, op.cit.p.708.No.1232.

(٤٥٧) ويبدو ان المشرع العراقي قد تأثر فيما اورد بشأن أساس المسؤولية في المادة ٢١٩ مدني بالقوانين الجرمانية التي تقيم مسؤولية المتبوع على أساس خطأ مفترض فرضا بسيطا قابلا لاثبات العكس. كالقانون الالمانى م ٨٣١ والتقنين الصيني م ١٨٨، وتقنين الالتزامات السويسري م ٥٥، اما التقنين النمساوي (١٣٨٥م) فيذهب الى ابعاد من ذلك باقامة هذه المسؤولية على أساس خطأ واجب الاثبات تجاه المتبوع.

اما كون افتراض الخطأ بجانب المتبوع او الادارة بسيطاً يقبل اثبات العكس او قاطعاً لا يقبل اثبات العكس فيتجلى في امكانية المتبوع او الادارة في الحالة الاولى دفع مسؤوليتها بصورة مباشرة ،بأثبات انها لم ترتكب خطأ أي بنفس الخطأ المفترض بجانبها اما اذا كان افتراض الخطأ قاطعاً فليس للمتبوع او الادارة دفع مسؤوليتها الا بقطع العلاقة السببية بين خطئها المفترض والضرر الذي اصاب الغير باثبات السبب الاجنبي.ولكن وجه الخلاف بين انصار هذه النظرية قد انصب على نوع الخطأ المفترض بجانب الادارة او المتبوع هل انه خطأ في اختيار شخص الموظف او التابع او انه خطأ في الرقابة والتوجيه الواجب اجراؤها لاداء الموظف او التابع مهام وظيفته او انه خطأ في هذه الامور جميعا.

لمعرفة كل ذلك سنتعرض في هذا الفرع فكرة الخطأ المفترض في الاختيار وذلك في المقصد الاول، بينما نكرس المقصد الثاني لدراسة الخطأ المفترض في الرقابة والتوجيه.

- المقصد الاول -

الخطأ المفترض في الاختيار. (faute dans le choix intigendo):-

بيننا سابقا ان القاتون الروماني قد عرف وفي نطاق محدود مسؤولية المتبوع التقصيرية عن اعمال التابع كأحدى صور المسؤولية عن فعل الغير ،وأساس هذه المسؤولية عندهم كان خطأ المتبوع في الاختيار أي في انتقاء التابع^(٤٥٨).

والى هذا الأساس اشارت المذكرة الايضاحية للقاتون المدني الفرنسي ،بتضمنها لفظ (الاختيار السيئ) الذي يمكن ان ياخذ عليه المتبوع "لانه وضع ثقته بأناس اشرار غير شرفاء وغير فطنين"^(٤٥٩). وما صدر من اقوال بعض الفقهاء ما يؤكد هذا الأساس للمسؤولية^(٤٦٠).

وتتحقق مسؤولية المتبوع او الادارة وفقا لهذه الفكرة على أساس انها لم تراعى الدقة في اختيار التابع او الموظف. فان لم تقم باختيار هؤلاء انتفت مسؤوليتها^(٤٦١).

انظر في هذا د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد -مصادر الالتزام (١).المصدر السابق. ص ١٠٤٤-وايضا د. عباس حسن صراف. المصدر السابق. ص ١٣٧.

^(٤٥٨) راجع ص ١٦ وص ١٧ من هذا الكتاب.

^(٤٥٩) Rene Chapus , Op.Cit.p. 259.No.243 .

^(٤٦٠) اذ تعزى هذه الفكرة الى الفقيه الفرنسي بوتيه ومع ان فريقا من الفقهاء لا يزال يكفي هذه الفكرة كأساس للمسؤولية

امثال برتران غراي-و ترالمير -وتاريل -راجع د. صلاح الدين الناهي. المصدر السابق. ص ٢٥٠

^(٤٦١) انظر د. محمد الشيخ عمر. المصدر السابق. ص ٨٧-وايضا د. جلال على عدوي ود. محمد لبيب شب. مصادر الالتزام.

الدار الجامعية . بيروت ، ١٩٨٥. ص ٣٤٣.

وقد اعتمدت بعض الاحكام القضائية هذا الأساس، منها حكم محكمة السين الفرنسية التي قضت فيه بمسؤولية المتبوع على أساس انه لم يراع الدقة في اختيار تابعه وجاء في حيثياته "ان مسؤولية المتبوع تقوم أساسا على خطأ الأخير في اختياره لتابعه" (٤٦٢).

كما وقضت محكمة الاستئناف المصرية ان "الخدمة العسكرية هي تكليف واجب على كل مصري، والعسكري بأدائه تلك الخدمة انما يؤدي واجبا وطنيا ولا يشغل وظيفة من الوظائف، فليس العسكري خادما ولا تعتبر الحكومة بالنسبة للعسكريين الملحقين بالخدمة في مقام السيد ولا يعتبر العساكر تابعين لها، وحيث ان الحكومة ليس لها اختيار العساكر لأنهم يجندون حتما متى توافرت فيهم شروط التجنيد بصرف النظر عن كفاءتهم العلمية والاخلاقية" (٤٦٣).

يظهر من هذا ان القضائيين الفرنسي و المصري قد اعتبرا حرية الاختيار لادارة بوصفها متبوعا كأساس لمسؤوليتها عن اخطاء موظفيها ، ولكن هذا الأساس لم يستمر طويلا بسبب العيوب التي اظهرها ونتيجة الانتقادات التي وجهت اليه، منها ان استناد أساس هذه المسؤولية على فكرة الخطأ المفترض في الاختيار يجب ان تجيز امكانية التحرر من هذه المسؤولية بأثبات حسن الاختيار في حين ان القانون يمنع دفعها بمثل هذا الإثبات (٤٦٤). كما ينتقد ايضا في ان الاختيار ينعدم في بعض الحالات التي يفرض فيها التابع على المتبوع بحكم القانون او الانظمة بحيث لا يكون للمتبوع حق رفض التابع، فضلا عن ان التابع قد يحصل على المؤهلات اللازمة لممارسة وظيفته لدى المتبوع من جهة رسمية متخصصة كالسائق الحائز على رخصة القيادة التي تجيز له ممارسة هذا العمل مما يصعب اعتبار المتبوع مرتكبا للخطأ في الاختيار عند صدور فعل ضار عن التابع، (٤٦٥) وانتقد ايضا من حيث انه من المستحيل على المتبوع الذي يختار تابعه ان يتوقع كل اخطائه المستقبلية مهما تميز اختياره للتابع بالدقة (٤٦٦). ولما مر ذكره من عيوب وانتقادات فقد هجرت المحاكم هذا الأساس في احكامها بشكل نهائي ولكن ذلك لم يحصل دفعة واحدة بل بشكل تدريجي عن طريق اعتماد هذا الأساس الى جانب الأساس الثاني وهو الخطأ المفترض في رقابة وتوجيه التابع (٤٦٧).

(٤٦٢) حكمها في ٢٦ حزيران ١٩٣١، جازيت بابل، ٢٧٠/٢/١٩٣١-نقلا عن د. محمد الشيخ عمر، المصدر السابق، ص ٨٧.

(٤٦٣) استئناف اسيوط الاهلية في ٢٤/يناير/١٩٢٨-الحمامة-مشار اليه في مؤلف د. عبدالمجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٥٧٣.

(٤٦٤) د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الغير، المصدر السابق، ص ١٠٤-١٠٥. عبدالمحي حجازي، المصدر السابق.

ص ١٦٧.

(٤٦٥) Mazeaud et tunc, op.cit.p.786, No.931

(٤٦٦) Smith and Keenans, English law, Denis Keenan, Ninth edition, pitman London , 1990, P.353.

(٤٦٧) مثال ذلك حكم محكمة لبنان الجزائية الذي تضمن ان الاختيار ليس شرطا لتوافر اركان مسؤولية المتبوع لان هذه المسؤولية ليست وليدة الاختيار فقط ، بل قد يكون قوامها عدم المراقبة او النقص فيها. لذا تكون الحكومة مسؤولة عن

اما الموقف في العراق ،فاننا لم نجد من بين الاحكام القضائية سواء في مرحلة قضاء الموحد او في المرحلة الحالية بعد انشاء محكمة القضاء الاداري، اي حكم يجعل من عنصر الاختيار للتابع اساسا لمسؤولية المتبوع او الادارة^(٤٦٨). وهذا امر طبيعي لان المادة ٢١٩ مدني التي تنظم هذه المسؤولية لم تشر الى هذا الأساس كما وان غالبية الفقه في العراق يرفض ان يكون هذا الخطأ أساسا لمسؤولية الادارة باعتبار انه يات فكرة تقليدية ومهجورة فقها وقضاء^(٤٦٩)، في حين يذهب البعض الآخر^(٤٧٠) الى ان للدولة والبلديات والمؤسسات الاخرى لتكون مسؤولة الا عن اعمال من تختارهم بنفسها والا فلا مسؤولية.

ومما يؤكد استبعاد عنصر الاختيار من أساس مسؤولية الادارة في العراق ،ما نص عليه قانون الخدمة المدنية من الشروط اللازم توافرها فيمن يرغب في التعيين لدى دوائر الدولة ،وشروط التوظيف لديها^(٤٧١) وان الجاري في العمل ان الادارة تختار موظفيها عن طريق المسابقات الامتحانية خصوصا بعد انشاء مجلس الخدمة العامة كجهاز متخصص لتهيئة الاعداد اللازمة من الموظفين عن طريق المسابقات وفقا للمواد (٢٩، ٢٤) من قانون الخدمة المدنية^(٤٧٢)، فالحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى لا تملك الحق في اختيار موظفيها بنفسها وانما تتقيد في ذلك بما ورد بشأنه من شروط في قوانين خاصة مستندا في ذلك الى ما جاء في المادة التاسعة عشر من الدستور المؤقت التي اعتبرت المواطنين سواسية امام القانون وضمنت تكافؤ الفرص لجميعهم في حدود القانون^(٤٧٣)، فلنا ان نقول ان المشرع والقضاء العراقيين قد وفقا في عدم الاخذ بنظر الاعتبار عنصر الاختيار كأساس المسؤولية الادارة لان هذا الأساس

اخطاء موظفيها-الجلسة الجنائية، ١٣/٥/١٩٤٥، الجدول العشري الخامس، ص ٢٣٧-عبد الوهاب مصطفى ورايح، جمعية المصدر السابق، ص ٢٤٥.

^(٤٦٨) وانما تذكر هذه احكام في قراراتها لفظ(الخطأ المفترض) فقط دون تحديد نوعه سواء في الاختيار او الرقابة والتوجيه. ونذكر منها حكم محكمة التمييز بمسؤولية مصلحة اسالة الماء عن الاضرار التي احدثها انفجار انبوب العائد لها وبانها قائمة على خطأ مفترض لا على خطأ معتمد. رقم القرار ٣٥٣ مدنية اولى-تاريخ القرار ١٩٧٦/٧/٢٨-مجلة الاحكام العدلية، ٣٤، ص ٤، ١٩٧٦.

^(٤٦٩) في هذا المعنى انظر د. غازي عبد الرحمن ناجي، المصدر السابق، ص ٦٤٩-د. حسن الذنون، المصدر السابق، ص ٢٨٨-د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٥٧٢-د. محمود سعد الدين شريف، المصدر السابق، ص ٤٢٧-د. صلاح الدين الناهي، المصدر السابق، ص ٢٥٠.

^(٤٧٠) انظر هذا المعنى فريد فتیان، مصادر الانزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧، ص ٣١٩.

^(٤٧١) راجع قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل-المادتان السابعة والثامنة.

^(٤٧٢) وقد الفى مجلس الخدمة العامة بقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٩٩٦ في ١٩٧٩/٨/٢، واعطى صلاحية التعيين للوزراء او من يخولهم من موظفين الدرجات الخاصة و المدراء العامين -نشر القرار في جريد الوقائع العراقية العدد ٢٧٢٦ في ١٩٧٩/٨/٢٠.

^(٤٧٣) انظر -الدستور المؤقت العراقي، وزارة العدل، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨، ص ٧.

يتعارض مع التطورات الحاصلة في الدولة، ولا ينسجم مع تعدد الادارات وتوسع نشاطها وما يستلزم ذلك من اعداد مجموعة هائلة من الموظفين للقيام بهذه المهمات.

-المقصد الثاني-

الخطأ المفترض في الرقابة والتوجيه:-

اقترحت هذه النظرية كاساس لمسؤولية الادارة او المتبوع بعد ان ثبت عدم جدوى الخطأ المفترض في الاختيار في ان يكون اساسا لهذه المسؤولية. وان كانت هذه النظرية كسابقتها تنصوي تحت مفهوم الخطأ المفترض الا ان خطأ الادارة هنا يكون نتيجة لسوء رقابتها وتوجيهها للموظف ، أي ان دور الادارة لا يقتصر على اصدار الاوامر والتعليمات الى الموظفين، وانما تتوجب عليها رقابتهم لكيفية تنفيذهم لها بما يضمن حسن سير الاعمال الادارية⁽⁴⁷⁴⁾، فالموظف او التابع عندما يرتكب خطأ اثناء ادائه للوظيفة او بسببها فان مسؤولية الادارة تقوم عن هذا الخطأ على اساس الخطأ في الرقابة والتوجيه المفترض في جانبها⁽⁴⁷⁵⁾، والاعمال التحضيرية للمادة ٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي تشير الى ان المشرع قد اعتمد بشأن اساس هذه المسؤولية على ثلاثة اسباب ، وهي سوء اختيار المتبوع لتابعه، وتقصير المتبوع في الاشراف والسيطرة على تابعه، وخضوع التابع للمتبوع وانتماره بامره⁽⁴⁷⁶⁾.

و اتجه قسم من الفقه الفرنسي في بادئ الامر الى تأسيس مسؤولية المتبوع او الادارة على فكرتي سوء الاختيار وسوء الرقابة والتوجيه، بأعتبار ان المتبوع عندما تتقرر مسؤوليته عن التابع يكون قد اساء الاختيار اما اذا لم يتدخل في اختيار التابع، فانه يكون مسؤولا على اساس تقصيره في رقابة وتوجيه التابع وهذا ما يبرر في نظرهم عدم امكانية المتبوع او الادارة نفي مسؤوليتها باثبات العكس ، لان ارتكاب التابع او الموظف للخطأ رغم ممارسة الرقابة عليه يدل في ذاته على عدم جدارته لما وضع فيه من الثقة، وهذا يؤكد عدم الحرص و الدقة من جانب المتبوع في اختياره للتابع⁽⁴⁷⁷⁾.

وقد اخذ القضاء بهذا الراي في بعض احكامه ،فقضت محكمة النقض المصرية بأن مسؤولية المتبوع تقوم على خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضا لا يقبل اثبات العكس مرجعه سوء اختياره لتابعه او تقصيره في رقابته وان القانون حدد نطاق هذه المسؤولية بان يكون العمل الضار غير المشروع واقعا من التابع حال تأدية الوظيفة او

(٤٧٤) انظر د. عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير. المصدر السابق. ص ١٠٤ - د. حسن علي

الذنون، المصدر السابق، ص ٢٩٤ .

(٤٧٥) د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الاداري ، -قضاء التعويض... المصدر السابق. ص ٢٩٧ .

(٤٧٦) جبار صابر ، المصدر السابق، ص ٣١٥ .

(٤٧٧) P.S. Atiyah , op.cit.P.6.

بسببها^(٤٧٨). كما قضت المحكمة ذاتها بخصوص مسؤولية وزارة الداخلية بان مسؤوليتها تقوم على أساس ما افترضه القانون في حقها من ضمان سوء اختيارها لتابعيها وتقصيرها في المراقبة^(٤٧٩). وقد اكدت الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الحالي على ان أساس مسؤولية المتبوع تقوم على خطأ مفترض بجانبه فرضا لا يقبل اثبات العكس مرجعه سوء الرقابة والتوجيه، وتبين ذلك بوضوح من خلال ما اسفرت عنه المناقشة التي دارت حول المادة ١٧٤ مدني مصري^(٤٨٠).

فيمكن القول بان فكرة الخطأ المفترض في رقابة وتوجيه التابع او الموظف هي أساس مسؤولية المتبوع او الادارة لدى التشريع والقضاء المصريين وهي ايضا المرجع عند غالبية الفقه هناك.

كما وان القضاء الفرنسي اخذ في الاعتبار الخطأ في الرقابة والتوجيه أساسا لمسؤولية المتبوع، فقضى بمسؤولية المتبوع على أساس وجود التابع في تبعته بحيث تخوله اصدار الاوامر والتعليمات الى التابع وتجعل منه رقيبا على جميع تصرفاته فيما يتعلق بالعمل المعهود اليه^(٤٨١).

وقد اخذت محكمة التمييز في العراق ايضا بهذا الأساس اذ قضت بان مديرية مصلحة نقل الركاب العامة تكون مسؤولة عما يقع من اضرار من قبل سواق سيارات المصلحة بما لها من سلطة فعلية عليهم تخولها حق الرقابة واصدار الاوامر اليهم^(٤٨٢).

ولا يشترط ان يمارس المتبوع الرقابة والتوجيه بنفسه، فقد يصعب ذلك او يستحيل كما هو بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة التي يمارس اعمالها اشخاص طبيعيون وهم الموظفون العاملون لديها، وليس من الضروري ان يكون المتبوع ملما بأصول عمل التابع من الناحية الفنية، وانما يكفي ان يكون له على التابع سلطة ادارية تؤهله لاصدار الاوامر والتعليمات وممارسة الرقابة والتوجيه، ويترتب على ذلك ان صاحب المستشفى يكون مسؤولا عن خطأ الطبيب الذي يعمل في المستشفى حتى وان لم يكن صاحب المستشفى طبيبا^(٤٨٣).

^(٤٧٨) حكم محكمة النقض في ١٩٧٦/٣/٢٣، لسة ٤٢ القضائية - عبد المنعم حسي، مدونة التشريع والقضاء في المواد المدنية والتجارية، الجزء الثاني، ص ١٩.

^(٤٧٩) نقض جنائي مصري، في ١٩٥٨/١٠/٧ - عبد المنعم حسي، ص ٢٠.

^(٤٨٠) وجاء في هذه المناقشة "... ان مسؤولية المتبوع كانت مؤسسة على سوء اختياره لتابعه، فاراد المشرع هذا النص ان يزيل من الازدهان هذا الأساس الخاطيء وان يرجع مسؤولية المتبوع الى الخطأ المفترض في رقابته وتوجيهه لتابعه ولو لم يكن المتبوع حرا في اختياره اياه... مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص ٤١٨ وما بعدها - نقلا عن د. سليمان الطماوي، ص ٢٩٧.

^(٤٨١) حكم محكمة ميلم الفرنسية في ١٩٣٠ سيرة ١٩٣١-١-١٢١- نقلا عن د. محمد الشيخ عمر، المصدر السابق، ص ٨٨.

^(٤٨٢) حكم محكمة التمييز في ١٩٦٨/١٢/١٩ - نقلا عن د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٥٧٥.

^(٤٨٣) د. حسن علي ذنون، المصدر السابق، ص ٢٨٩.

وقد كان د. عبد الرزاق السنهوري من ابرز المؤيدين في الفقه المصري لنظرية الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية المتبوع او الإدارة حيث قال "ان مسؤولية المتبوع عن اخطاء تابعه مبنية على خطأ في التوجيه والرقابة ، وهو خطأ مفروض في جانب المتبوع لا يكلف المدعي بآثباته، وليس على هذا الا ان يثبت خطأ التابع، فيفترض ان المتبوع قد قصر في توجيهه تابعه او في رقابته حتى وقع منه هذا الخطأ. والخطأ المفروض بجانب المتبوع لا يقبل اثبات العكس، فلا يجوز للمتبوع ان يتخلص من المسؤولية بآثبات انه قد اتخذ جميع الاحتياطات المعقولة لتوجيهه تابعه والرقابة على اعماله كما يستطيع ذلك من يتولى رعاية شخص آخر" (٤٨٤).

ويؤيد هذه الفكرة ايضا د. مصطفى مرعي و د. احمد حشمت ابو ستيت ،اذ ينتهي الاخير الى القول بان هذه المسؤولية (مسؤولية المتبوع) لا يمكن ردها الى أساس من المنطق الصحيح ولا مناص من التسليم بها كما ارادها القاتون والقضاء أي اقامتها على أساس الخطأ المفترض في الرقابة والتوجيه (٤٨٥).

واعتبر د. الطماوي الخطأ المفترض في رقابة الموظف وتوجيهه أساسا لمسؤولية الإدارة عن اعمال موظفيها، وان هذا الأساس هو الذي اخذ به القضاء والاعمال التحضيرية للقانون المدني الجديد و جمهور الفقهاء في مصر (٤٨٦).

ولكن بالرغم من تسليم الدكتور السنهوري بنظرية الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية الإدارة، الا انه عدل عنها في مرحلة لاحقة بقوله "ولا نظن ان الاعمال التحضيرية على صراحتها في ان مسؤولية المتبوع تقوم على خطأ مفترض تقيد الفقه في اجتهاده، اذ هو ذهب الى أساس اخر لهذه المسؤولية في ظل قانون الجديد" (٤٨٧). يظهر من هذا ان د. السنهوري قد تخطى بشكل نهائى عن نظرية الخطأ المفترض واتجه صوب النظريات الموضوعية .

ومن جانب اخر فان نظرية الخطأ المفترض قد وجهت اليها انتقادات كثيرة كادت ان تززع كيانتها منها :

١- ان القول بوجود خطأ مفترض غير قابل لآثبات العكس في جانب المتبوع او الإدارة يحمل بين ثناياه تناقضا واضحا مما يضعف الثقة بهذه النظرية لانه قد استقر تعريف الخطأ فقها وقضاء بانه "كل اخلال بالتزام قانوني" وان ذلك الالتزام هو التزام ببذل عناية، والخطأ بهذا المعنى هو اتهام للمخطئ في انه اخل بالتزام قانوني، وهذا الاتهام يوجب بالضرورة افساح المجال للمخطئ بان يدفع الاتهام عن نفسه بآثبات عدم تقصيره

(٤٨٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة لجنة التاليف، القاهرة، ١٩٤٠، ص ٣٦١، فقرة ٣٥٣.

(٤٨٥) د. احمد حشمت ابو ستيت، مصادر الالتزام دار الفكر العربي، ١٩٦٣، ص ٢٦٧ .

(٤٨٦) د. سليمان الطماوي ، القضاء الاداري - قضاء التعويض... المصدر السابق، ص ٢٩٨.

(٤٨٧) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المصدر السابق، ص ١٠٤٣ .

بالسبيل المقررة لنفي الخطأ أو ان يثبت ان مسلكه كان مسلك رجل عادي، وهذا ما لم يسلم به انصار نظرية الخطأ المفترض، وهنا يكمن التناقض^(٤٨٨).

٢- ان فكرة الخطأ المفترض تخالف المادة ١٣٥٤ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٤٠٤ من القانون المدني المصري. اذا تقرر هاتان المادتان ان القرائن القانونية تعتبر قرائن بسيطة كقاعدة عامة أي يجوز نفيها بأثبات العكس وهي -أي القرائن- لا تكون قاطعة الا اذا ورد بشأنها نص صريح، ومن ناحية اخرى فان القرينة القانونية يمكن دحضها بالاقرار واليمين، اما ما لا يجوز دحضه بالدليل العكسي فيعتبر من القواعد الموضوعية^(٤٨٩).

٣- ان المسؤولية عن فعل الغير لا تقوم على أساس خطأ المسؤول، واذا كان بعض من الفقهاء قد تجاهل هذا الامر، بالقول ان قرينة الخطأ في الرقابة او الاختيار قرينة قاطعة لتقبل اثبات العكس فان ذلك لا يغير من واقع الحال شيئا، فسواء قلنا بعدم اشتراط الخطأ او قلنا بان قرينة الخطأ قرينة قاطعة، فالنتيجة هي عدم تطلب اثبات خطأ المسؤول لثبوت مسؤوليته، وعدم تمكنه من دفع مسؤوليته بنفي ارتكابه لأي خطأ^(٤٩٠).

٤- ينتقد د. السنهوري فكرة الخطأ المفترض ويرى انها تؤدي الى نتيجتين لا يصح التسليم بهما، اولهما ان مسؤولية المتبوع لو كانت مبنية على خطأ مفترض افتراضاً قطعياً لا يمكن للمتبوع دفع مسؤوليته عن طريق قطع العلاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر الحاصل بان يثبت ان الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بواجبه في الاختيار والرقابة والتوجيه، وهذا ما لا يستطيعه باجماع الفقه والقضاء وهذا دليل على عدم قيام هذه المسؤولية على أساس الخطأ ولو كان هذا الخطأ مفترضا فرضاً قاطعاً لاتنفي بقطع العلاقة السببية.

اما الثانية فهي انه لو كانت مسؤولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض لسقطت مسؤوليته اذا كان غير مميز^(٤٩١).

ومما يجدر ذكره هنا، ان مشروع القانون المدني العراقي قد تجنب هذا الانتقاد بوجهيه عندما جعل قرينة الخطأ في المادة ٢١٩ قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس، كما انه عدد الاشخاص المسؤولين عن اعمال غيرهم في نص هذه المادة ولا يمكن تصور كون أي منهم غير مميز.

لذا فان المشرع العراقي يحمي على مسلكه بشأن المادة ٢١٩ مدني وبخصوص هذه الحالة لأنه كان اكثر منطقية من المشرعين الفرنسي والمصري.

^(٤٨٨) د. ابراهيم طه الفياض، مقاله الموسوم بمحاولة في تحديد معالم الأساس القانوني للمسؤولية عن الاشياء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والفقه والقضاء المدني، مجلة الحقوق والشرعة، ص ١٤٠، الكويت، ١٩٨١، ص ٣٥ ص ٦٣، بالاشارة الى ص ٤٠-٤١.

^(٤٨٩) د. محمد ليب شنب، المسؤولية عن الاشياء، المصدر السابق، ص ٢٦٨.

^(٤٩٠) د. عباس حسن صراف، المصدر السابق، ص ١٣٩ ص ١٣٢.

^(٤٩١) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد... المصدر السابق، ص ١٠٤٣-١٠٤٤.

ويرد الدكتور الطماوي على النقد الذي وجهه الدكتور السنهوري لنظرية الخطأ المفترض في الرقابة والتوجيه، في نطاق مسؤولية الإدارة بقوله ان الأساس الذي فضله الدكتور السنهوري (نظرية الضمان) يستقيم مع القواعد التي تحكم المسؤولية أكثر من فكرة الخطأ المفترض عندما يكون المتبوع فردا عاديا ولا فرق بين الأساسين عندما يكون الامر متعلقا بمسؤولية الإدارة، لان فكرة المتبوع غير المميز لا وجود لها. كما وانه من المتعذر في نطاق المسؤولية الإدارية نفى العلاقة السببية بين الخطأ المفترض بجانب المتبوع وما حدث من ضرر بل وشبه مستحيل بسبب هيمنة الإدارة هيمنة تامة على موظفيها وعلى ظروف اداء العمل بحيث يمكن القول معه بوجود علاقة سببية دائما بين ذلك الخطأ والضرر الذي يصيب الغير^(٤٩٢).

الا ان بعض كتاب القانون الاداري قد ابدوا تحفظا بخصوص ذلك، فالدكتور الفياض اورد جملة من ملاحظات على ما رآه الدكتور الطماوي بشأن رأي الدكتور السنهوري، ولاهمية هذه الملاحظات سنوردها فيما ياتي:-

أ- ان نسبة الخطأ الى الإدارة باعتبارها شخصا معنويا عاما لا يمكن التسليم به، سواء اكان الخطأ المنسوب الى الإدارة ثابتا (واجب الاثبات) ام مفترضا، لانعدام توافر احد ركني الخطأ فيما نسب اليه فيها.

لكننا لا نتفق مع هذا الرأي، وكما سبق القول في انه بالامكان نسبة الخطأ الى الإدارة كشخص معنوي عام بصورة مباشرة واوضحنا المبررات والاسانيد في دعم ذلك^(٤٩٣).

ب- ان السلطة الفعلية التي يملكها المتبوع في رقابة وتوجيه التابع، تعتبر شرطا في قيام مسؤولية المتبوع وليس أساسا لها، وانها لو كانت كذلك لوجب على المدعي ان يثبتها وكان في وسع المتبوع نفيه.

ج- ربما كان من الممكن التسليم بوجهة نظر الدكتور الطماوي لو كان نشاط الإدارة مقتصر على اصدار القرارات الادارية وذلك لخضوع القرار الاداري لرقابة دقيقة في مراحل متعددة قبل صدوره، الا ان النشاط الاداري لا يقتصر فقط على اصدار القرارات الادارية والتي تمثل احدى اوجه نشاطها، بل هناك اعمال مادية تتولاها الإدارة حيث تقتصر هيمنة الإدارة على التوجيه العام الغير المحدد، وتتوقف على طبيعة العمل الذي يمارسه الموظف لحساب الدولة وظروف ادائه، مما يجعل الرقابة شكلية وقليلة الهمية وحينئذ تتساوى رقابة الإدارة لموظفيها مع رقابة المتبوعين من الافراد لتابعيهم.

د- مع تسليمنا بإمكان افتراض الخطأ في جانب الإدارة، باعتبار انها مهمة ومحكمة الرقابة على موظفيها، فان ذلك لا يستقيم مع فكرة الخطأ المفترض لان من يملك الهيمنة التامة على تصرفات غيره يعتبر مخطئا بصفة شخصية اذا قصر في واجب الرقابة ولو كان ذلك افتراضا. ولا يمكن التخلص من هذه المسؤولية الا اذا اثبت العكس

(٤٩٢) د. سليمان الطماوي، قضاء الاداري - قضاء تعويض... المصدر السابق، ص ٣٠٠

(٤٩٣) راجع ص ٤٠ ص ٤٨ من هذا الكتاب.

أي بنفي خطئه، وإذا كانت مسؤولية الإدارة عن الأعمال المادية لموظفيها هي مسؤولية تبعية كما يرى د. الطماوي وباتفاق الفقهاء في فرنسا ومصر باتها مسؤولية عن فعل الغير وليست مسؤولية ذاتية .

هـ- إن تسليم د. الطماوي بوجهة نظر د. السنهوري فيما يتعلق بأساس مسؤولية المتبوع لو كان فردا عاديا وترجيحه لفكرة الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية الإدارة مع الإصرار على وجوب تطبيق م ١٧٤ مدني مصري في جميع الحالات، يعني وجود أساسين مختلفين لمسألة واحدة ينطبق عليها نص واحد ولا يميز اطرافها الا الصفة، وهو امر يصعب القبول به^(٤٩٤).

و- وينتقد البعض^(٤٩٥) الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية المتبوع بالقول ان المتبوع اذا كان خاطئا في اختيار تابعه او مقصرا في رقابته وتوجيهه او كان كليهما معا -فما معنى رجوعه على التابع وتحميله عبء التعويض نهائيا وما يستتبع ذلك من تحمل التابع وزر خطأ ارتكبه غيره وهو المتبوع .مع ان القانون قد فرض التزاما على عاتق الاخير بسبب خطئه المفترض اذ لولاه لما دفع خطأ التابع، ويضيف على ذلك بان القانون لم يتضمن ما ينبى بان التابع قد اخطأ عندما انضوى تحت امرة المتبوع حتى يكون مسؤولا معه ، كما وان القانون قد نص على مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه عند تحقق شروط هذه المسؤولية -فلا يستوجب ذلك اسناد الخطأ الى المتبوع -لان مسؤوليته قائمة بدون خطأ وهكذا يتوصل الى ان فكرة الخطأ المفترض افتراضا قطعيا تقترب في مفهومها من نظرية تحمل التبعية وتبتعد تماما عن نظرية الخطأ ،وانها في مجملها تتعارض مع الحلول التي يقرها الفقه والقضاء بحق المتبوع^(٤٩٦).

إضافة الى الانتقادات التي وجهت لنظرية الخطأ المفترض سواء في الاختيار او في الرقابة والتوجيه فان الأخذ بهذا الأساس هو افتراض تحكمي لا يتفق والمنطق، لانه يمثل حالة وهمية بعيدة عن الحقيقة اذ انه ليس الاحيلة لجا اليها الفقه والقضاء للأبقاء على الخطأ كأساس لمسؤولية المتبوع او الإدارة ،حيث ان قرينة الخطأ المفروضة في جانب الإدارة وغير القابلة لأثبات العكس لا معنى لها على الإطلاق ولا تتعدى كونها مجرد تلاعب بالالفاظ ،والا فما هي هذه القرينة التي لا تقبل الدليل العكسي؟ وماذا يكون الفرق بين هذا القول وبين عدم اشتراط الخطأ كأساس للمسؤولية^(٤٩٧).

لذا فاننا نعتقد ان أساس المسؤولية التبعية للإدارة يقترب من المصدر الخامس بين مصادر الالتزام وهو القانون مبتعدة عن المصدر الثالث (العمل الغير المشروع) وان كانت قائمة ابتداء بسبب خطأ الموظف او التابع .

(٤٩٤) ابراهيم طه الفياض. مسؤولية الإدارة... المصدر السابق، ص ٩٢ ص ٩٥.

(٤٩٥) في هذا المعنى انظر جبار صابر طه. المصدر السابق، ص ٣١٨.

(٤٩٦) المصدر السابق، نفس الصفحة.

(٤٩٧) Atiyah, op.cit, p.10

ومهما يكن من امر فإن أساس مسؤولية الإدارة او المتبوع عن اخطاء موظفيها او تابعيها يجب ان يقوم على فكرة اخرى غير الخطأ، لان تأسيسها على قرينة الخطأ غير القابل لاثبات العكس يكون في جوهره مسؤولية لا خطئية أي موضوعية.

ولما تقدم يتوجب ضرورة عدول المشرع العراقي عن نظرية الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية المتبوع او الإدارة والاعتماد على أساس موضوعي (كما سنبحثه لاحقاً) بحيث يمكنه تبرير هذه المسؤولية بالشكل السليم.

-المطلب الثاني-

النزعة الموضوعية في الاساس التبعي لمسؤولية الإدارة:-

سبق القول ان نظرية الخطأ المفترض في اختيار الموظف او في رقابته وتوجيهه قد تعرضت لانتقادات فقهية كثيرة مما دفع بالفقه المدني و الاداري الى محاولة إيجاد اسس اخرى لمسؤولية الإدارة بعيدا عن الخطأ وفي هذا الصدد فإن الفقهاء لم يستقروا على اتجاه موحد في تقريرهم لهذا الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الإدارة عن اخطاء موظفيها وفقاً للقواعد المدنية، وانه ازاء التوسع الملحوظ في نشاطات الإدارة الحديثة وارتدادها مجالات كانت حكراً على الافراد، لم تعد نظرية الخطأ سواء الصادر عن الإدارة مباشرة او المفترض بجانبها تصلح لتبرر أساس مسؤولية الإدارة، حيث ثبت ان مبدأ تعويض الاضرار الناتجة عن النشاط الاداري الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي عن كل اوجه هذا النشاط، اوسع من ان تستوعبه فكرة الخطأ، فتطلب الامر الاستناد الى افكار اخرى لتبرير مسؤولية الإدارة باعتبارها متبوعاً^(٤٩٨).

وقد حاول الفقه الحديث البحث عن أساس جديد وموحد لمسؤولية الإدارة عن اخطاء موظفيها ومسؤولية المتبوع عن اعمال التابع ينبع من طبيعة هذه المسؤولية باعتبارها مسؤولية عن فعل الغير، ويكون وسيلة من وسائل التقريب بين وجهات النظر الادارية والمدنية باعتباره الغرض الذي من اجله شرع نظام المسؤولية عموماً وهو وجوب تعويض الاضرار^(٤٩٩).

فطرحت نظريات عديدة في أساس مسؤولية الإدارة التبعية منها نظرية تحمل التبعية، ونظريات اخرى كنظرية الضمان والنيابة والحلول ونظرية التأمين الاجتماعي ونظرية القانون، وسنخصص فرعين مستقلين لدراسة كل هذه النظريات .

الفرع الاول-نظرية تحمل التبعية كأساس للمسؤولية:-

(٤٩٨) زهدي يكن، المصدر السابق، ص ٢٠٣، ٢٠٤ - د. طعيمة الجرف، القانون الاداري، ط ٥، دار النهضة العربية

القاهرة، ١٩٨٥، ص ٢٧٢، ٢٨٥.

(٤٩٩) د. ابراهيم طه الفياض، مسؤولية الإدارة، المصدر السابق، ص ٥٩٨.

اتجه جانب كبير من الفقه الى تأسيس مسؤولية الادارة او المتبوع على فكرة تحمل التبعة حتى يمكن معها تقاضي الانتقادات التي وجهت الى نظرية الخطأ المفترض باعتبارها أساسا لهذه المسؤولية^(٥٠٠).

ووفقا لهذه النظرية فان الادارة تنهض مسؤوليتها على أساس من مبدأ الغرم بالغرم شاطهم فعليها ان تتحمل تبعه ذلك النشاط^(٥٠١).

وقد اعتنق هذه النظرية الفقيه Planiol بعد ان كان من اشد المتحمسين لفكرة الخطأ كأساس لمسؤولية المتبوع حيث قال ان فكرة تحمل التبعة هي الفكرة الوحيدة التي يمكن ان تعتبر أساسا، فالانسان جريا وراء الارباح غالبا ما يلجأ الى ادارة اعمال تفوق قدرته الذاتية، فان قام بها بنفسه فانه يسأل دون شك عن خطئه، وان استخدم غيره بشأنها فان الفوائد سوف تعود عليه بأكملها وبالتالي فلا اقل من ان يتحمل مخاطر ذلك العمل، وبذلك فان المسؤولية هنا لا تقوم على افتراض الخطأ وهذا ما يفسر عدم انتفاء تلك المسؤولية عند انتفاء الخطأ^(٥٠٢).

ومن جانب اخر فقد اوضح الفقيه لالوا عند دراسته للفقه القضائي حول المسؤولية المدنية ان الاعتبارات التي تطرحها المادة ١٣٨٤ مدني فرنسي تلائم أساس مسؤولية المجموعات العامة عن اعمال موظفيها كتلك التي يتضمنها فقه مجلس الدولة الفرنسي. فما من رأي اخر مقتنع يمكن ان تبني عليها المسؤولية عن فعل الغير غير هذه الفكرة التي تقرر أساس المسؤولية بدون خطأ، اي على أساس المخاطر^(٥٠٣).

ويذهب الاستاذ ايزنمان Eisenmann نفس مذهب هؤلاء، ويرى ان أساس مسؤولية الادارة عن اخطاء موظفيها هو مبدأ الغرم بالغرم ويؤكد ان هذه المسؤولية شبيهة بمسؤولية المتبوع عن اعمال التابع المنصوص عليها في مادة ١٣٨٤ مدني فرنسي، وحيث ان لفظ الغرم يتضمن في ذاته معنى الربح الاقتصادي، فيكون من المستحسن القول بان على الادارة ان تتحمل المخاطر التي تنشأ عن أي فائدة او مصلحة تعود عليها^(٥٠٤).

كما ويقول الاستاذ Savatier بفكرة تحمل التبعة كأساس لمسؤولية المتبوع اذ يرى انه "من الواضح ان مسؤولية المتبوع هي مسؤولية قانونية، وبما ان القيام بنفس الخطأ امر غير مسموح به فان من الصعب تبرير تلك المسؤولية بناء على الخطأ المفترض، فالمتبوع هو الذي تعود عليه الفائدة من اعماله وبالتالي فانه تقع عليه

^(٥٠٠) تنق هذه النظرية في الفقه المدني الفرنسي كل من ديموج Demogue وجورسارت Jossereand وسافاتيه Savatier وأيري ورو Aubry.

^(٥٠١) Esmein-انظر د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير، المصدر السابق، ص ١٠٤.

د. عبدالرزاق السهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد...، المصدر السابق، ص ١٠٤.

^(٥٠٢) انظر د. عباس حسن صراف، المصدر السابق، ص ١٠٤، ايضا د. محمد الشيخ عمر، المصدر السابق، ص ٩٩.

^(٥٠٣) Rene Chapus, op, cit.p.262.No.245.

^(٥٠٤) V.de meme lacceptation de citte idee por M.Eisenmann J.c.p.1242 L.751

مذكور في شابي، المصدر السابق، ص ٢٦١.

مسؤولية كل ما يترتب على هذا العمل من اضرار ذات صلة به دون اعتبار الاستقلال الذي يتمتع به عماله من الناحية المادية ،وتكفي تبعيتهم الاقتصادية لجعلهم تابعين له، بجني الفوائد من وراء ما اسند اليهم من عمل ،وعليه ان يتحمل من الناحية الاخرى، المغارم الناتجة عن ذلك العمل^(٥٠٥).

اما الفقيه Jossierand فإنه يفسر مسؤولية المتبوع عن اخطاء التابع ،بما ينتج عن استخدام الاخير من فوائد للمتبوع من خلال توسيع دائرة نشاطه مما يترتب على ذلك احتمال تحقق بعض المخاطر للغير، فلا بد للمتبوع من تحمل اعباء تلك المخاطر^(٥٠٦).

ويرى الاستاذ جينو Guyenot ان أساس المسؤولية عن فعل الغير واحد في القانون العام والقانون الخاص، ويتمثل في الفكرة التي مؤداها ان من يستخدم نشاط غيره يلزم ان يتحمل نتائج الاضرار التي تصيب الغير بسبب هذا النشاط^(٥٠٧).

اما في الفقه العربي ،فقد ذهب الاستاذ اسماعيل غانم الى اعتبار فكرة تحمل التبعية أساسا لمسؤولية المتبوع او الإدارة فهو يتساءل عن العلة التي من اجلها فرض المشرع على المتبوع هذه المسؤولية فيرد على ذلك بالقول ان العلة ترجع الى فكرة تحمل التبعية ،ولكن ليس تبعية المنافع فقط وانما تبعية سلطة التوجيه والرقابة التي يمارسها المتبوع تجاه تابعه^(٥٠٨).

وينضم د.محمد لبيب شنب الى هذا الرأي ويعتبر أساس مسؤولية المتبوع قائما على فكرة الغرم بالغرم، فالمتبوع يكون مسؤولا تجاه المضرور عن خطأ تابعه لسبب بسيط هو انه المستفيد من اعمال تابعه فيكون من العدل ان يتحمل المغارم الناتجة عن ذلك النشاط^(٥٠٩).

كما ويعتبر يوسف جبران ان أساس مسؤولية المتبوعين او المستخدمين هو فكرة المخاطر (تحمل التبعية) وليس فكرة الخطأ وان لم تكن الفكرة هذه غريبة كلية عن هذه المسؤولية ،وهي بالتالي مسؤولية وضعية تخلط من هذه الناحية مع المسؤولية عن فعل الحيوان والاشياء الجوامد^(٥١٠).

وترى الدكتورة سعاد الشرقاوي وجود أساسين متميزين للمسؤولية عن فعل الغير، لأن المسؤولية في نظرها تمر بمرحلتين، فيكون أساس المسؤولية في كل مرحلة مختلف

^(٥٠٥) Savatier, op.cit.No.283.

^(٥٠٦) Jossierand.. : المسؤولية المدنية ،بند ١٣-نقلا عن د. محمد الشيخ عمر، ص ٩٩.

^(٥٠٧) Guyenot ,la responsabilite des Personnes morales pubiJues et prvees considerations, LGPJ. Paris, 1959, No . 237.p.178.

نقلا عن د.ابراهيم الفياض مسؤولية الإدارة ...المصدر السابق، ص ٦٠٧.

^(٥٠٨) د.اسماعيل غانم، مصادر الالتزام ،الجزء الاول ،القاهرة، ١٩٦٦، ص ٤٤٦، فقرة ٢٥٣.

^(٥٠٩) د. محمود لبيب شنب ،الموجز في مصادر الالتزام ،دار النهضة العربية ،بيروت، ١٩٦٩، ص ٧٦.

^(٥١٠) يوسف نجم جبران، المصدر السابق، ص ٩٤.

عنه في الاخرى، اذ ان الضمان يكون أساسا لمسؤولية الإدارة في المرحلة الاولى (مرحلة انتتبع) وهي المرحلة التي يطالب فيها المضرور الإدارة بالتعويض في كل من قانونين الفرنسي والمصري، اما في المرحلة الثانية وهي مرحلة الحساب بين الإدارة والموظف حول تحمل العبء النهائي للتعويض، فهي تعتقد ان أساس المسؤولية فيها هو مبدأ الغرم بالغنم، أي تتحمل الإدارة الاضرار الناتجة عن نشاط موظفيها طالما كانت تستفيد من نشاطهم و ذلك بالأعتماد على طبيعة الخطأ الذي يرتكبه الموظف، فاذا كان الخطأ مرفقيا بحسب المعايير الفقهية السائدة تحملت الإدارة عبء التعويض بصورة نهائية، والا يكون لها حق الرجوع على الموظف بما دفعته من تعويض للمضرور. ومن جهة اخرى فانها تؤكد على ان هذا الأساس هو الذي يميز قواعد المسؤولية الإدارية عن قواعد المسؤولية المدنية وله بهذا الصدد اهمية خاصة، لان الاستاذة ترى ان قواعد القانون المدني لاتعرف مسؤولية حقيقية عن فعل الغير لعدم تضمنها القواعد التي تحمل المتبوع عبء التعويض بصورة نهائية دون ان يكون له حق الرجوع على التابع^(٥١١).

اما في العراق، فان قسما من الفقه يحبذ هذه النظرية كأساس لمسؤولية المتبوع او الإدارة، فقد ذهب د. الفياض الى ان اساس المسؤولية عن فعل الغير ينبع من ذات الأساس الذي تقوم عليه الرابطة بين رب العمل والغير او بين الإدارة والموظف وهو مبدأ المنفعة، اذ يؤكد وجوب استبعاد فكرة (السلطة مقابل المسؤولية) او فكرة (من يمارس سلطة في مواجهة الغير عليه ان يتحمل تبعاتها) من ان تكون أساسا للمسؤولية، لأن السلطة هي وسيلة لتحقيق الفائدة المتوخاة من قيام شخص ما بتشغيل غيره لحسابه، فهو يرى ان أساس مسؤولية الإدارة عن اعمال موظفيها يكمن في المنفعة التي تعود على الإدارة بتشغيلها الموظف لحسابها وان فكرة السلطة لاتعارض مع المنفعة، لان السلطة التي تمارسها الإدارة ازاء الموظف على شكل اوامر قانونية او رئاسية او رقابة التضمنين، تستهدف تحقيق اكبر قدر من الانتفاع من اعمال الموظف. فهو ينبه الى ان المنفعة باعتبارها أساسا لمسؤولية الإدارة لا تعني وجوب تحمل نتائج جميع اوجه النشاط الضار لموظفيها بل تتحدد مسؤوليتها عن الموظفين بقدر ما تحملهم من واجبات، اما ما يحصل خارج نطاق هذه الواجبات فلا تدخل في مفهوم المنفعة وبالتالي لا تؤدي الى قيام مسؤولية الإدارة. كما وانه يقصر مسؤولية الإدارة وفقا لفكرة المنفعة على الاعمال الخاطئة لموظفيها اما النشاط المشروع لهؤلاء فلا يوجب مسؤولية الإدارة اذ ان المنفعة في نظره لا تعني وجوب تحمل الإدارة للنتائج الضارة لنشاط الموظفين المشروع^(٥١٢).

والملاحظ على هذا الرأي ان مدلول (المنفعة) فيه يقترب في جزء كبير منه من مفهوم تحمل التبعة اذ ان ما قاله بشأن المنفعة لا يختلف عن فكرة تحمل التبعة ولا

^(٥١١) اشير الى هذا الرأي في مؤلف د. محمود حلمي، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٢٣٥-٢٣٦-إيضاد ابراهيم الفياض.

مسؤولية الإدارة في العراق، المصدر السابق، ص ٦٠٨.

^(٥١٢) د. ابراهيم الفياض، ص ٦١٤-٦١٥.

نصوص القانون المدني وقانون مجلس الدولة المصري قاطعة في دلالتها على انها عاجلت المسؤولية على أساس قيام الخطأ.....^(٤١٨).

كما وقضت محكمة التمييز في العراق من انه اذا كان السائق يقود سيارته بسرعة شديدة وبعدم انتباه وخلاف التعليمات فذلك يدل على رعونة وأستهتار بأرواح الناس... ويجعل دائرته الحكومية التي استخدمته مسؤولة عن تعويض الاضرار التي احدثها السائق المذكور ولا يمنع من ذلك حصول السائق على اجازة سياقة وكون السيارة التي كان يستعملها صالحة للاستعمال^(٥١٩).

فلا بد ان يكون أساس مسؤولية الإدارة هذه عن خطأ سائقها مبنية على أساس تحمل التبعة وإذا كان لنظرية تحمل التبعة الاشعاع الذي استجلب البعض من فقهاء القانون، الا انها عجزت وحدها لان تكون الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة او المتبوع عن اعمال الموظفين او التابعين، اذ ان فيها ثغرات لم يفلح من ايدها لمثلها^(٥٢٠)، واهم ما وجه اليها من نقد:

١- لقد قيل انه اذا كانت مسؤولية الإدارة مبنية على أساس تحمل التبعة استوجبت مسائلتها عن كل فعل يصدر عن الموظف وينسب ضررا للغير، دون قصر تلك المسؤولية على التصرفات الخاطئة فحسب. اذ ان الإدارة تستفيد من كل نشاط يقوم به الموظف بصرف النظر عن اتصافه بالخطأ او عدمه، ووفقا لنظرية تحمل التبعة يتوجب قيام مسؤولية الإدارة عن كل هذه النشاطات، وهذا ما يخالف ما هو معمول به فقها وقضاء بقصر المسؤولية على الأعمال غير المشروعة للموظفين فقط باعتبارها شرطا من شروط قيام مسؤولية الإدارة او المتبوع^(٥٢١).

ويمكن الرد على هذا النقد بالقول بان المسؤولية عن العمل الشخصي هو الاصل العام، والمسؤولية عن عمل الغير هو الاستثناء، وكما ان الخطأ يعتبر أساسا للمسؤولية الشخصية اذ بدونه لا تقوم تلك المسؤولية مع ان الشخص يستفيد عادة من كل الاعمال التي تقوم بها وانه لا يسأل الا عن ما كانت منها متصفة بالخطأ، فمن باب أولى عدم مساعلة الشخص عن اعمال غيره عدا ما هو غير مشروع، لان العلة في الحالتين متحققة وهي جني المكاسب من وراء تلك الاعمال، اما تأسيس المسؤولية على أساس الضرر كأصل عام فإنه لم تصل اليه معظم التشريعات في الوقت الحاضر الا القليل منها^(٥٢٢)، كما سنفصله في الفصل الثالث من هذا الباب.

^(٤١٨) حكم محكمة الادارية العليا في ١٥/١٢/١٩٥٦-الطحن ٢/١٥١٩ق-عبدالنعم حسني، مدونة التشريع والقضاء... المصدر السابق، ص ١٤.

^(٥١٩) رقم قرار ٢٢/٤م ١٩٨٢- تاريخ القرار ١٩٨٥/١/٢٧-مجموعة الاحكام العدلية، العدد الاول، لسنة ١٩٨٢، ص ٣٠.

^(٥٢٠) د عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير، المصدر السابق، ص ١٠٥.

^(٥٢١) انظر بهذا الصدد-د عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح... المصدر السابق، ص ١٠٤-د. انور سلطان، النظرية

العامة للالتزام، الجزء الثاني-احكام الالتزام، ١٩٦٢، ص ٦٠٢-د. عبدالحفي حجازي، المصدر السابق، ص ٥٢٨.

^(٥٢٢) انظر مقاربا لهذا المعنى -عادل احمد الطائي، المصدر السابق، ص ١٩٦.

٢- إن تأسيس مسؤولية المتبوع على فكرة تحمل التبعية يعجز عن مواجهة بعض الحالات كما لو تم استعارة خدمات التابع الى متبوع آخر ، والمسؤولية تقع عادة على احد المتبوعين ، فإذا اتخذت فكرة تحمل التبعية أساسا لهذه المسؤولية ، فإن كلا المتبوعين يستفيدان من خدمات التابع ، وهذا مما يجعل الامر غامضا لا يمكن معه التوصل الى حلول سليمة (٥٢٣) .

والملاحظ ان هذا القول لا يمكن ان يستقيم مع مسؤولية الإدارة عن أعمال الموظف . لأن الدائرة الجديدة المستعيرة تعتبر هي المتبوع طيلة مدة الاعارة من الناحية العملية . لذلك نكون امام متبوع واحد وليس متبوعين كما يدعيه صاحب هذا النقد .

٣- ويغاب على هذه الفكرة بكونها غير منسجمة مع ما استقر عليه الفقه والقضاء وما قرره التشريع في حق المتبوع او الإدارة بالرجوع على التابع او الموظف بما دفع من تعويض بدلا عنه ، فلو صح قيام المسؤولية على فكرة تحمل التبعية لما امكن ذلك الرجوع حيث يكون المسؤول عن فعل الغير قد تحمل تبعه نشاط استفاد منه فيكون قد اخذ مقابلا لما اعطى ، فلا يبقى محلا للرجوع على التابع او الموظف مرتكب الخطأ (٥٢٤) .

ولكن يرد البعض على هذا النقد بان المتبوع غالبا ما يتحمل بمفرده عبء التعويض من الناحية العملية ، كما وانه يتحمل وحده المسؤولية عن الضرر عند عدم معرفة مرتكب الخطأ وخاصة عندما يكون المتبوع صاحب مشروع كبير ، لذلك يكون هو المسؤول النهائي ازاء المضرور (٥٢٥) . ومن ناحية اخرى فإن نطاق تطبيق دعوى حق الرجوع المقررة للمتبوع ضد محدث الضرر هو احكام المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي بينما تحكم تحمل التبعية العلاقة بين المضرور ورب العمل (٥٢٦) .

لذا فان فكرة تحمل التبعية لا يمكن لها ان تكون أساسا للمسؤولية التبعية للإدارة لعدم امكانها تفسير كل الحالات المتعلقة بهذه المسؤولية ولتناقضها مع بعض الحلول المقررة تشريعا وقضاء بشأن حالات الرجوع للمتبوع او الإدارة على التابع او الموظف . فلا يمكن لهذه النظرية تبرير المسؤولية عن فعل الغير سواء في القانون العام او القانون الخاص . وقد ذهب جانب من الفقه الحديث الى الاستعانة بأفكار ونظريات أخرى لأيجاد الأساس السليم والتبرير المنطقي لمسؤولية الإدارة او المتبوع عن فعل الغير وهذا ما نتناوله تباعا في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الثاني - نظريات أخرى في أساس مسؤولية الإدارة باعتبارها متبوعا :-

رغم الاهمية التي وصفت بها نظرية تحمل التبعية عندما استبعدت نظرية الخطأ المفترض من ان تكون أساسا لمسؤولية الإدارة ، فإن ثمة فقهاء آخرين ذهبوا الى ابتداء

(٥٢٣) د. محمد الشيخ عمر ، المصدر السابق ، ص ١٠٢ .

(٥٢٤) انظر د. احمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص ٤٨٨ - د. عبدالرزاق السهوري ، الوسيط في شرع القانون المدني

الجديد ، المصدر السابق ، ص ١٠٤٦ .

(٥٢٥) في هذا المعنى انظر د. ابراهيم طه الفياض ، مسؤولية الإدارة ، المصدر السابق ، ص ٦٠٩ .

(٥٢٦) راجع د. احمد شوقي عبدالرحمن ، المصدر السابق ، ص ٢٢ - د. حسن الخطيب ، المصدر السابق ، ص ٢٠٧ .

نظريات اخرى بهذا الشأن وكلها تطرح جانبا فكرة الخطأ المفترض و تحمل التبعية وتؤكد ان المتبوع يتحمل جريرة تابعه لا تبعية نشاطه ،واهم هذه النظريات هي فكرة النيابة (Representation) وفكرة الحلول (Substitution) وفكرة الضمان (garantei) ونظرية القانون (LaLoi) (٥٢٧).

اما فكرة النيابة (٥٢٨)، فمفادها ان التابع نائب عن المتبوع في ممارسته لنشاطه، فكملا يلزم النائب الاصيل في ما يقوم به من تصرفات قانونية في حدود نيابته، كذلك يلزم التابع المتبوع بما يقوم به من اعمال فالتابع الذي نال ثقة المتبوع بحيث اعتمد عليه في اداء اعماله مما يترتب عنه اعتبار خطأ التابع بمثابة خطأ المتبوع.

وتتسع النيابة هنا لتتناول التصرفات القانونية والاعمال المادية، اذ ذهب كل من الاستاذ مازو والفقيه شيروني Chironi الى ان النيابة يمكن ان تتجاوز نطاق الاعمال القانونية الى نطاق الاعمال المادية، كما وتتميز هذه النيابة بأنها قانونية وليست اتفاقية (٥٢٩)، وانها مقررة لمصلحة النائب وليس لمصلحة المنيب خلافا للقواعد العامة في النيابة (٥٣٠).

واعتمادا على هذا الأساس قررت محكمة النقض الفرنسية مسؤولية صاحب الفندق بوصفه متبوعا، عن السرقة التي وقعت من تابعه وفقد النزيل نتيجة لها مجوهراته المودعة في امانات ذلك الفندق ومما جاء في حيثيات الحكم "حيث ان المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي تسأل المتبوع عن الاضرار التي تلحق الغير نتيجة لفعل تابعه غير المشروع، وحيث ان هذه المسؤولية تعتبر مسؤولية مطلقة فان التابع يعتبر ممثلا للمتبوع" (٥٣١). كما وقضت محكمة الاستئناف الفرنسية بأن التابع يعتبر ممثلا للمتبوع وان الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع هو استبدال الاخير بالتابع (٥٣٢).

ولكن يلاحظ على انصار هذه الفكرة مبالغتهم وتوسيعهم لمدلولها، فالنيابة تصح قانونا في الاعمال القانونية وليس في الاعمال المادية (٥٣٣). كما وان النيابة تؤدي الى نتيجة غير مقبولة، اذ تقتضي رجوع المضرور على المنيب في حين يحق للمضرور ان

(٥٢٧) جبار صابر، المصدر السابق، ص ٣١٨.

(٥٢٨) من المنادين بهذه النظرية، كولان، و كايان، و دى لاموراندير، و بلانيول، و ريبير، و بولانجي - انظر د. عبد النعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص ٦٦٠.

(٥٢٩) انظر د محمد الشيخ عمر، المصدر السابق، ص ٩٤ - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، المصدر السابق، ص ١٠٤٧.

(٥٣٠) د. غازي عبد الرحمن ناجي، مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع، مقاله السابق، ص ٦٥٩.

(٥٣١) حكم محكمة النقض الفرنسية في ١١ مايو ١٩٤٦، دالوز ١٩٤٦-١-١٩٢-نقلا عن د. محمد الشيخ عمر، ص ٩٥.

(٥٣٢) مشار اليه في عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٢٧٩.

(٥٣٣) ولكن هذا الانتقاد لا محل له في القانون العراقي لان المادة ٩٢٧ من القانون المدني جعل النيابة (الوكالة) مطلقة بحيث تشمل الاعمال المادية و القانونية بصها "الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم".

يرجع على التابع او على المتبوع او على كليهما معا وهنا تظهر الهوة الواسعة بين هذه الفكرة وبين ان تكون أساسا للمسؤولية التبعية^(٥٣٤).

يضاف الى ذلك ان فكرة النيابة لا يمكن التعويل عليها في مجال مسؤولية الإدارة عن اخطاء موظفيها، لان طبيعة العلاقة التي تربط الموظف بالإدارة هي علاقة تنظيمية محكومة بالقوانين واللوائح، بينما نفترض النيابة في نطاق القانون الخاص ارتباط طرفيها بعلاقة تعاقدية. لذا يجب استبعاد هذه الفكرة من ان تصبح أساسا لمسؤولية الإدارة.

ويؤسس قسم اخر من الفقهاء مسؤولية المتبوع على فكرة الحلول، اي حلول التابع محل المتبوع في اعماله فيصبح الاثنان بمثابة شخص واحد من الوجهة القانونية، فيعتبر التابع امتدادا لشخصية المتبوع. ومن انصار هذه النظرية الفقيه Chironi اذ يرى ان هناك اتحادا حقيقيا بين شخصي التابع والمتبوع بالنسبة للغير، وان كل ما يؤديه التابع يعتبر كأنما يقوم به المتبوع شخصا^(٥٣٥).

كما ويعتق هذه النظرية ايضا الاستاذان هنري وليون مازو، فينظرهما ان ما يميز مسؤولية المتبوع هو عدم امكانه اعفاء نفسه طالما ثبت ارتكاب تابعه للخطا، والعلة في ذلك تكمن في الرابطة بين التابع والمتبوع، فالشخص الذي يستعين بتابع يؤدي له خدماته يكون في الواقع قد جعل نشاطه يمتد الى التابع فيظهر عمله وكأن المتبوع هو الذي قام به، ففي مواجهة الغير يكون فعل التابع هو في عين الوقت فعل المتبوع بحكم الاختلاط بين شخصيهما. فالتابع هو ذراع المتبوع فيكون من غير المعقول ان لا يتحمل المتبوع المسؤولية المترتبة عن فعل تابعه او المتصل من هذه المسؤولية^(٥٣٦).

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الأساس في بعض احكامها، فقررت ان مسؤولية المتبوع من الناحية القانونية، وبالنظر الى التعويضات المدنية لاشك تختلط مع مسؤولية التابع^(٥٣٧).

كما وقررت محكمة النقض المصرية مسؤولية المتبوع اعتمادا في أساسها على فكرة الحلول، وجاء في حكمها ان المادة ١٥٢ مدني قديم (١٧٤ مدني حالي) جعلت المسؤولية تتعدى الى غير من احدث الضرر استثناء من القاعدة العامة في المسؤولية التي تلزم محدث الضرر بالتعويض، وهذا الاستثناء على كثرة ما قيل في صدد تسويغه، أساسه ان شخصية المتبوع تتناول التابع بحيث يعتبران شخصا واحدا^(٥٣٨). كما و ان

(٥٣٤) عز الدين الديناصوري و عبدالحمد الشواربي، ص ٢٨٠.

(٥٣٥) انظر د. احمد حشمت ابو ستيت، المصدر السابق، ص ٤٨٩-د. عبدالحى حجازي، المصدر السابق، ص ٥٢٩ ود. حين عامر و عبد الرحيم عامر، المصدر السابق، ص ٦٣٥.

(٥٣٦) H.L MaZeaud et tunc, op.cit. No.934-938, p.1010-1012.

وراجع ايضا د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير، المصدر السابق، ص ١٠٧. حكم ٢٤ كانون الثاني ١٩٢٤، جازيت باليه ١٩٢٤-١-٣٠-نقلا عن د. محمد الشيخ عمر، المصدر السابق، ص ٩٥.

(٥٣٨) نقض مدني ١٤ آذار ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣-رقم ١٥٦-نقلا عن د. عبدالرزاق السهوري، الوسيط في

شرح... المصدر السابق، ص ١٠٤٨

القانون العام يقر فكرة الحلول في مجال الوظيفة العامة، كأن يتولى موظف المسؤولية الإدارية بدلا عن موظف آخر لفترة قد لا تكون محددة في عدد من الحالات فيمارس هذه الصلاحيات و الاختصاصات فتلقى مسؤولية ممارسته عليه، و من ذلك حلول نائب المحافظ محل المحافظ في حالة غيابه رسمياً او عند تعذر ممارسته اختصاصاته الدستورية، وغيرها من الحالات. و ينظم المشرع عادة هذا الامر بالنص صراحة على الحلول^(٥٣٩).

ولم تسلم هذه النظرية ايضا من سهام النقد، إذ قيل انها تقوم على افتراض ينافي الحقيقة لانها تجعل من خطأ التابع خطأ للمتبوع، والمعلوم ان الخطأ يكون شخصيا كما وتؤدي هذه النظرية الى تذيب شخصية التابع في شخصية المتبوع، بحيث تكون امام شخص واحد وبالتالي مسؤولية واحدة في حين ان هناك في الواقع مسؤوليتين، مسؤولية التابع ومسؤولية المتبوع، ومما يثبت ذلك حق الرجوع المقرر للمتبوع على التابع او حق المضرور في مقاضاة التابع او المتبوع او كليهما^(٥٤٠).

و الملاحظ ان هذه الفكرة لا تصلح كأساس لمسؤولية الإدارة، لان فكرة الحلول تجعل المتبوع مسؤولا عن جميع اخطاء التابع باعتباره حالا محل المتبوع في القيام بأعماله، في حين ان من الثابت ان المتبوع لا تقوم مسؤوليته الا عن قسم من اخطاء التابع، وكذلك الحال بالنسبة لمسؤولية الإدارة عن اخطاء الشخصية للموظف وهذا ما يؤكد ضرورة استبعاد نظرية الحلول من مجال مسؤولية الإدارة .

ويرى البعض^(٥٤١) ان أساس مسؤولية المتبوع او الإدارة عن اعمال التابع او الموظف هي نظرية القانون، بالقول "ان مصدر مسؤولية المتبوع هو القانون، فالقانون كما نعلم مصدر من مصادر الالتزام . وقد قرر المشرع مسؤولية المتبوع مدفوعاً باعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعي وغايته في ذلك التيسير على المضرور في الحصول على التعويض عن الضرر الذي اصابه، فالمتبوع أملاً دائماً من التابع ولكنه لم يحمله نهائياً مبلغ التعويض بل اجاز له الرجوع على التابع بما ضمنه " .

والملاحظ على هذا الرأي انه غير كاف لتبرير المسؤولية عن فعل الغير، لان القانون وكما هو معلوم يقرر قاعدة موضوعية عامة تضع حلاً لمسألة قانونية واحدة مطلقة دون تحديد، كأن يقرر مسؤولية الإدارة عن اخطاء موظفيها عند تحقق شروط معينة، ففكرة القانون لاتغني عن البحث في أساس هذه القاعدة والحكمة التي من اجلها تقررت نظراً للأهمية وضرورة التعرف على هذا الأساس الذي تتقرر استناداً اليه مسؤولية شخص عن خطأ شخص آخر.

(٥٣٩) انظر د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، المصدر السابق، ص ٢٩٩- ايضاد. ماهر صالح علاوي،

المصدر السابق، ص ١٥٦

(٥٤٠) راجع د. عبدالمعمر فرج الصدة، المصدر السابق، ص ٦٦٠ و د. غازي عبدالرحمن، مسؤولية المتبوع... المصدر

السابق، ص ٦٥٩- د. حسين عامر، عبدالرحيم عامر، المصدر السابق، ص ٦٣٦ .

(٥٤١) بهذا المعنى انظر د. عبدالحكيم الحكيم، المصدر السابق، ص ٥٨٢ .

مهما يكن من امر فإن هذا الأساس يستقيم مع مسؤولية الإدارة عن أعمال الموظف أكثر من مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وتأكيدا لهذا ذهب محكمة النقض المصرية إلى أن علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح الصادرة بشأنها والتي تحدد حقوق المواطنين وواجبات كل وظيفة بصرف النظر عن شغلها، وقد بين المشرع حقوق الموظفين وحدد واجباتهم والأعمال المحرمة عليهم في... وأن مسؤولية أمناء المخازن وجميع أرباب العمل عما في عهدتهم لا تنسب إلى العمل غير المشروع بل تنسب إلى القانون الذي أنشأها^(٥٤٢).

وبرزت أخيرا نظرية الضمان أساسا لمسؤولية المتبوع أو الإدارة ونادى بها جانب كبير من الفقه المقارن، وفحواها أن القانون يضمن للمضروب لاعتبارات العدالة وتحقيقا للتوازن الاقتصادي في العلاقات القانونية أن يحصل المضروب على حق له إزاء فاعل الضرر (التابع) من شخص آخر (المتبوع) لوجود علاقة قانونية (رابطة تبعية) تربط بين التابع والمتبوع. وقد اتخذ الفقيه Domat هذه النظرية أساسا للمسؤولية عن فعل الغير، كما يزعم أنه الأساس الذي أخذ به القانون الروماني^(٥٤٣).

و شايح هذه النظرية أيضا بعض من الفقهاء الفرنسيين وذلك عند قولهم بأن المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي إنما تقرر حكما موضوعيا لا قاعدة إثبات، ويصح هذا القول أيضا بشأن المادة ١٧٤ مدني مصري، فهذه المواد لا تتضمن قرينة قانونية على خطأ المتبوع، وما يقال أنها تشتمل على قرينة قاطعة قول ليس له معنى قانوني، ولا يعدو أن يكون مجرد تعبير غير سليم عن قاعدة موضوعية. لأن القرينة القاطعة فكرة مشكوك في صحتها، إذ أن القرينة لا بد وأن تقبل الدليل العكسي، فإذا امتنع عن الإثبات أصبحنا أمام قاعدة موضوعية حقيقية^(٥٤٤).

وبهذا الصدد يذهب الاستاذ Chapus^(٥٤٥) إلى أن المسؤولية عن فعل الغير في القانونين العام والخاص هي عبارة عن الضمان، فالمتبوع أو الإدارة ملزمان بتعويض الأضرار لأنهما ضامنان أو مؤمنان للأضرار التي تصيب الغير نتيجة أخطاء موظفيها أو تابعيها، إذ أن التابع يؤدي وظيفته لحساب ولمصلحة المتبوع والموظف يقوم بأعماله لحساب ومصلحة المجموعة العامة، فلا بد لهؤلاء أن يضمنوا أخطاء وشوائب أعمال الموظفين أو التابعين لكونهم المستفيدين من مزاولة تلك الأعمال وقد فسر سبب الضمان بمبدأ التبادل بين المنفعة والخطر، فضمن المتبوع لتابعه والجماعة العامة لموظفيها ليس بسبب حكم قانوني أو التزام ارادي، وإنما عن طريق الارتباط بين

(٥٤٢) نقض مصري في ١٠/١٠/١٩٧١-المجموعة ٢٢ ص ٧٥٦-عن عبدالمعنى حني، مدونة التشريع والقضاء... المرجع

السابق، ص ٤.

(٥٤٣) انظر د. عباس حسن صراف، المصدر السابق، ص ١٣-د. عبدالحمد الشواربي و الديناصوري، المصدر السابق، ص ٣٨.

(٥٤٤) راجع بهذا الصدد... -Atiyah, op.cit. p. 18- رابضا د. عبدالمعنى فرج الصدة، المصدر السابق، ص ٦٦٠-ويوسف

نجم جبران، المصدر السابق، ص ١٣١

(٥٤٥) Rene chapus, op.Cit . p.261-262, No.245.

المنفعة والخطر، إذ يملك قيمة اقتصادية وإدبية معا، فضلا عن أنه يعد في الحقيقة الأساس الوحيد للمسؤولية عن فعل الغير في القانون الخاص وفي القانون العام.

ولكن سعيًا وراء الحقيقة فإن هذه الفكرة سبق وأن طرحها بطريقة متقنة في الفقه الفرنسي الفقيه مارسيل بلانويول بما سمته فكرة المشروع *L'idée de entreprise* والتي فسرت بجلاء سبب مسؤولية الشخص عن الآخر في القانون الخاص، وكذلك مسؤولية الجماعات العامة عن الموظف، فالتبادل بين الربح (المنفعة) والخطر الناتجين عن اشتراك المتبوع (الإدارة) والتابع (الموظف) في ذلك المشروع هو أساس المسؤولية، إلا أنه لم يستقر عليها.

كما ويؤيد العميد ليون دكي نظرية الضمان ولكنه يعرضها في صورة جديدة تعتمد على العلاقة بين الحق في الأمن وما يقابله من الالتزام بالأمن، وبين الأعمال والنشاطات التي يزاولها الناس من أجل الأرزهار والرفق^(٥٤٦).

وركز الفقيه Starck على نظرية الضمان لتأسيس مسؤولية المتبوع، إذ أكد أن حقوق الشخص يجب أن تصان أو تحمي إزاء كل اعتداء عليها، فالمسؤولية ترتبط بالنشاط الذي قد يضر بالغير ما لم يكن فاعل الضرر صاحب حق في التصرف والاضرار بالآخرين دون أن يحاسب على ذلك. ومن جانب فانه قد وسع من مدلول (النشاط) عندما قال أنه يمكن للشخص أن يتولى نشاطه بنفسه وعندها يعتبر فعله الخاطيء خطأ شخصيا له، ويمكن أن يمارس نشاطه باستعمال شيء يكون وسيلة لعمله فتقوم المسؤولية عن فعل الشيء، وكما يمكن أيضا أن يستعين بخدمات الغير من الأفراد للقيام بنشاطه وعندها يكون التابع الذي استخدمه بمثابة (آلة عاقلة) في يده. أما ما يخرج عن إطار النشاط الذي استخدم التابع للقيام به فلا مسؤولية على المتبوع، إذ أنه يضمن فقط ما ينتج عن نشاطه من فعل ضار للغير^(٥٤٧).

ويرى الأستاذ Tunc أن أساس مسؤولية المتبوع يكمن في نظرية ضمان عيوب التابع، فكما أن الحارس يضمن عيوب الشيء الذي في حوزته. فكذلك الحال في المتبوع فيجب أن يضمن عيوب تابعة تجاه الغير، طالما كان هناك سلطة للحارس أو المتبوع في استعمال الشيء أو في رقابة وتوجيه التابع.

وعيوب التابع بمعناها الواسع تنصرف لتشمل كل صور الخطأ أو الشوائب ذات الصفة المعنوية أو النفسية أو الجسدية من قلة احتراز أو انحراف أو عدم تبصر أو رعونة أو الخروج عن القواعد والقيم الاجتماعية و يؤدي تأسيس مسؤولية المتبوع أو الإدارة على فكرة الضمان إلى تبسيط قضايا التعويض، لكون المسؤولية تتحقق عن كل ما يصدر عن تابعة من أخطاء تضر بالغير سواء البسيطة منها أو الجسيمة، أي أنه يضمن شوائب ومساويء التابع^(٥٤٨).

(٥٤٦) Rene Chapus, Op. Cit P263. No.245

(٥٤٧) Boris stark Droit civil, Obligations, No.598-602.

نقلا عن د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير، المصدر السابق، ص ١٠٩.

(٥٤٨) (H.L) Mazeaud et Tunc, op.cit. p.1012-1014. No93

ويميل الدكتور السهوري الى هذه النظرية-بعد انتقاده لفكرة الخطأ المفترض التي نادى بها في بادئ الامر فهو اقام مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع على أساس نظريات الضمان والنيابة والحلول، وانه قد فضل نظرية الضمان باعتبارها تفسر حالة عدم امكان المتبوع التخلص من المسؤولية بأثبات بذله ما يكفي من العناية لمنع وقوع الضرر او انه كان يستحيل عليه منع ذلك^(٥٤٩).

ويرى الدكتور الصدة ان المادة ١٧٤ مدني مصري تقرر حكما موضوعيا لا يكثرث بالخطأ المفترض او المسؤولية المفترضة، ويكون به المتبوع مسؤولا الى جانب التابع بحكم القانون على اعتبار ان المتبوع ضامن للتابع فيما يسببه من ضرر للغير. اذا وقع هذا الخطأ في نطاق الوظيفة^(٥٥٠).

ويؤيد الدكتور الهمشري نظرية الضمان ويعتبرها الفكرة الصائبة لتكون أساسا للمسؤولية، لان المتبوع يضمن تابعه فيما يقترب من خطأ يصيب الغير اثناء تادية العمل اوبسببه^(٥٥١).

ويؤكد البعض الآخر^(٥٥٢) ان المتبوع يعتبر كفيلا للتابع في مواجهة الغير، وتكون الكفالة هنا تضامنية فلا يحق للمتبوع الدفع بالتجريد.

وفي الفقه العراقي فان البعض^(٥٥٣) رجح نظرية الضمان ووصفها بأنها من ارجح النظريات في تبرير المسؤولية التبعية قائلا انه "في كل التشريعات المدنية يمكننا ان نقيم مسؤولية المتبوع عن عمل التابع على فكرة الضمان. وفي تشريعنا المدني نستطيع ايضا ان نؤسس مسؤولية المتبوع على فكرة الضمان، ولكن يمكن ايضا ان تفسر مسؤولية المتبوع في تشريعنا المدني على أساس نظرية الخطأ المفترض".

وكان قد ذهب البعض الآخر^(٥٥٤) الى تفسير ارادة المشرع بشأن المادة الخامسة من قانون الضمانات العراقي الملغى بما يجعل من فكرة الضمان أساسا للمسؤولية التبعية حيث قال "فالمسؤولية المترتبة على الحكومة بموجب هذه المادة -م- شبيهة بمسؤولية الكفيل الذي يملك حق الرجوع على المدين الاصلي بما سلمه من الدين اما المسؤول بالاصل فهو الموظف او المستخدم الذي احدث الضرر حتى ان الشخص المتضرر بالخيار في المطالبة بالتعويض ان شاء طالب الحكومة وان شاء طالبهما معا، واذا طلب احدهما فلا يسقط حقه بمطالبة الآخر متى شاء فقد اوجبت المادة المذكورة مسؤولية الموظف شخصا بضمان الحكومة و كفالتها كفالة قانونية".

(٥٤٩) د. عبدالرزاق السهوري، الوسيط في شرح... المصدر السابق، ص ١٠٤٦.

(٥٥٠) د. عبدالنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص ٦٦٠.

(٥٥١) د. محمود عثمان الهمشري، المصدر السابق، ص ٥٠.

(٥٥٢) في هذا المعنى انظر د. عبدالحلي حجازي، المصدر السابق، ص ٥٢٤- وايضا عبدالحمد الشواربي وعزالدين الديناصوري.

المصدر السابق، ص ٢٨٢.

(٥٥٣) د. غازي عبدالحمن ناجي، مسؤولية المتبوع... المرجع السابق، ص ٦٦٠-٦٦١.

(٥٥٤) انظر بهذا المعنى عبدالجبار تكرلي، مقالة السابق، ص ٥٢٢-٥٢٣.

اما القضاء فانه لم يستبعد هذه النظرية في احكامه بشأن المسؤولية التبعية، فقد قضت احدى المحاكم الفرنسية بأن مسؤولية المتبوع تقوم على نوع من الضمانة الخاصة^(٥٥٥). وقضت محكمة النقض المصرية بأن مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه غير المشروعة هي مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور و تقوم على فكرة الضمان القانوني فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ومن ثم اذا دفع المتبوع التعويض للمضرور كان له ان يرجع بكل مبلغ التعويض على تابعه محدث الضرر كما يرجع كفيل المتضامن على المدين الذي كفله لانه مسؤول عنه وليس مسؤولا معه^(٥٥٦). وقضت محكمة التمييز في العراق بأن "مسؤولية المخدم المقررة بالمادة ٢١٩ مدني تقوم الى جانب مسؤولية المستخدم بالتعويض فله ايضا ان يطالبهما معا متضامين"^(٥٥٧).

وقد انتقدت نظرية الضمان كغيرها من النظريات في بعض وجوها منها :-

١- ان فكرة الضمان او الكفالة ترمي الى اهداف مغايرة لتلك التي ترمي اليها مسؤولية المتبوع او الادارة، فالكفالة نظام قرر لأجل تحقيق مصلحة المدين اكثر من مصلحة الدائن، في حين تستهدف مسؤولية المتبوع حماية مصلحة المضرور او الدائن^(٥٥٨).

يمكننا الرد على هذا بالقول ان الكفالة ومسؤولية المتبوع ترميان الى تحقيق نفس الاغراض وهي ضمان مصلحة الاطراف كافة و ان اختلفت فيما بينها في بعض التفاصيل، فالكفالة كما عرفها المشرع بانها (ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام)^(٥٥٩) فتتحقق بوضوح مصلحة الدائن من وراءها لوجود ذمتين ماليتين للوفاء بالالتزام بدلا من ذمة مالية واحدة. وكذلك الحال بالنسبة لمسؤولية المتبوع او الادارة فكما انها تحقق مصلحة الدائن (المضرور) بضمان حصوله على التعويض من ذمة عامرة، تحقق في نفس الوقت مصلحة المدين (التابع) لكون المتبوع يتحمل عبء التعويض بدلا عنه، اما مسألة الرجوع فانها تكون نظرية في اغلبها لذا فيجب ان لا يؤخذ بهذا النقد حجة على فكرة الضمان لكونه لا يستند الى أساس من الواقع .

(٥٥٥) حكم محكمة بواتيه في ٢٨ حزيران ١٩٤٦ جازيت باليه ١٩٤٦-١٩٤٧ عن د. محمد الشيخ عمر. المصدر

السابق، ص ١٠٥.

(٥٥٦) نقض ٢٢/٢٢١٩٦٨ - المجموعة ١٩ ص ٣٢٧ - عبد المعيم حين، مدونة التشريع والقضاء.... المرجع السابق.

ص ٨ (٥/١٠).

وانظر ايضا حكم محكمة النقض في ١٦ كانون الاول في مجموعة احكام النقض، ص ٦٦٦.

(٥٥٧) رقم القرار ٩٣٠ - مدنية ثانية - ١٩٧٤ - وانظر ايضا حكم محكمة التمييز المرقم ٩٣٠/حقوقية/٦٣ - تاريخ القرار

١٠/١٠ - ١٩٦٣ - ابراهيم المشاهدي، المرجع السابق، ص ٢٥٣ .

(٥٥٨) راجع عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المصدر السابق، ص ٢٨١ .

(٥٥٩) انظر المادة ١٠٠٨ من القانون المدني العراقي النافذ.

٢- ان نظرية الضمان لا تلزم الضامن الا بصفة فرعية بعد الزامها المضمون، بينما المضرور يحق له مفاضاة المتبوع او الادارة مباشرة وبصورة منفردة، وهذا ما يجعل من الصعب تأسيس مسؤولية المتبوع على هذه الفكرة او التشبيه بينهما^(٥٦٠).

ولكن الملاحظ ان هذا الاختلاف لا يتعدى كونه اختلافا شكليا او اجرائيا لا يرقى الى حد ان يشكل فارقا جوهريا يفصل مسؤولية المتبوع عن فكرة الضمان كأساس لهذه المسؤولية.

٣- ان الضمان او الكفالة قد وردت في القانون بصورة استثنائية وبنص خاص، بينما تقرر القاعدة العامة ان المدين الاصلي هو الذي يتحمل المسؤولية، فيستلزم ذلك عدم تطبيق هذه الفكرة الا بوجود نص قانوني صريح او بالاتفاق. لذلك لا يجوز اعتبار فكرة الضمان أساسا لمسؤولية المتبوع او الادارة لعدم ورود نص خاص بذلك سواء في القانون المدني الفرنسي او المصري او العراقي^(٥٦١).

ولكن هذا القول يجب عدم اعتماده في هذا المجال، لأن النصوص القانونية يجب ان لا تقف في وجه التطور والتغير، بل على العكس يجب ان تسير القواعد القانونية لهذه التطورات لذا يجب عدم الربط بين الضمان كأساس للمسؤولية وبين وجوب ان ينص القانون على ذلك لان في هذا تعطيل لدور الفقه وجهوده في تطوير القواعد القانونية بما ينسجم مع التطورات الجارية في المجتمع.

ونحن نرجح فكرة الضمان كأساس لمسؤولية الادارة عن اخطاء موظفيها ولمسؤولية المتبوع عن اعمال التابع رغم الانتقادات الموجه اليها، اذ ان كل نظرية في القانون وحتى المستقرة منها -يمكن ان تنتقد في بعض جوانبها من قبل معارضيها. ولكن ذلك لا يعني عدم صحة تلك النظرية او عدم صلاحيتها.

فبالنسبة لفكرة الخطأ المفترض لم تعد صالحة لتأسيس عليها مسؤولية الادارة او المتبوع كما توضح لنا في حينه. اما بالنسبة للنظريات ذات النزعة الموضوعية، فنجد ان نظرية تحمل التبعة لا تفسر ايضا مسؤولية المتبوع او الادارة بسبب رجوع كل من الادارة والمتبوع بعد دفعهما التعويض للمضرور على الموظف و التابع بالمبلغ المدفوع، وهذا ما يتعارض مع منطق نظرية تحمل التبعة الذي يفرض على المتبوع تحمل العبء النهائي للتعويض لأنه المستفيد من نشاط التابع.

وبالنسبة لنظريتي الحلول والنيابة، فبالاضافة الى كل الانتقادات التي وجهت اليهما، لا يعطيان الاجابة عن السبب في قيام مسؤولية الادارة او المتبوع عن فعل الغير، اذ يحتاج كل منهما بدوره الى أساس لتبررها، وتفسر سبب حلول التابع محل المتبوع وبالتالي قيام المسؤولية عن خطأ التابع، وكذلك الحال بالنسبة لفكرة النيابة.

ولذا لا يمكن لأي من هذه النظريات ان ترقى لأن تكون أساسا سليما للمسؤولية عن فعل الغير سواء في القانون العام او الخاص.

(٥٦٠) د. محمد الشيخ عمر، المصدر السابق، ص ١٠٦.

(٥٦١) عادل احمد الطائي، المصدر السابق، ص ١٨٤.

اما نظرية الضمان التي نحن بصدددها، فهي تعد الأساس الأرجح لهذه المسؤولية، لانها تفسر جملة من الامور منها ما تقرر من جواز رجوع المتبوع او الادارة على مرتكب الخطأ من التابع او الموظف لاستيفاء مبلغ التعويض، كما تفسر عدم امكانية المتبوع من دفع مسؤوليته ازاء المضرور لكونه ضامنا لنشاط تابعيه، وانها تجيب ايضا على التساؤل حول عدم امكان المضرور مقاضاة الادارة مباشرة الا عند قيام موظفيها بأعمال غير مشروعة، لان الادارة لو كانت قائمة بالعمل بنفسها لما استطاع المضرور مطالبتها بالتعويض الا عند ثبوت ارتكابها للخطأ^(٥٦٢).

كما وتفسر نظرية الضمان مسؤولية المتبوع ولو كان غير مميزا في نطاق القانون الخاص، لان مصدر مسؤولية غير المميز هنا يكون القانون وليس الاتفاق حتى يشترط التمييز^(٥٦٣).

واخيرا يمكن القول بأن نظام مسؤولية الادارة وفقا لقواعد المسؤولية المدنية (مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع) مشابه الى حد كبير مع ما اقرته قواعد المسؤولية الادارية التي ابتدعها قضاء (مجلس الدولة الفرنسي) فيما عدا المسؤولية عن الخطأ المرفقي الذي تتحمل الادارة عبء التعويض عنه نهائيا وفيما عداها فان الادارة يحق لها الرجوع على الموظف بما دفعته عنه للمضرور من تعويض، وهذا ما يماثل رجوع الادارة على الموظف وفق قواعد المسؤولية المدنية بغض النظر عن طبيعة الخطأ. ولا شك ان القواعد الادارية في هذا الخصوص تفضل على القواعد المدنية لكونها اكثر مرونة بالنسبة للموظف.

-المطلب الثالث-

موقف التشريع والقضاء العراقيين من أساس المسؤولية التبعية للادارة:-

الفرع الاول- أساس المسؤولية في قانون الضمانات الملغى:

جاء في المادة الخامسة من قانون الضمانات الملغى ان "كل شخص استخدم في ادارته اشخاصا للقيام بخدمة عامة او باعمال اية مهمة عمرانية او تجارية او صناعية يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه المستخدمون اثناء قيامهم بخدماتهم"^(٥٦٤).

يبدو من النص المتقدم ان مشرع قانون الضمانات قد اعتمد فكرة الضرر أساسا لمسؤولية الاشخاص الذين ذكرتهم، اي ان الضرر الذي يحدثه المستخدم للغير اثناء قيامه بالخدمات المنوطة به، واثبات المضرور لعدم مشروعية اعمال المستخدم، يكفي لقيام مسؤولية المتبوع سواء كان شخصا معنويا عاما او شخصا معنويا خاصا او فردا

(٥٦٢) د. غازي عبد الرحمن ناجي، مسؤولية المتبوع... المرجع السابق، ص ٦٦٠.

(٥٦٣) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد... المصدر السابق، ص ١٠٤٥.

(٥٦٤) قانون الضمانات رقم ٥٤ لسنة ١٩٤٣- قانون ذيل قانون اصول المحاكمات الحقوقي في الضمانات وكيفية الحكم بها- منشور في مجلة القضاء، العدد الرابع، السنة الثانية، ١٩٤٣، ص ٣٩٧.

عاديا، اي بثبوت مسؤولية التابع او المستخدم ازاء المضرور تتقرر مسؤولية المتبوع في التعويض عن الضرر.

اما أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال مستخدميه وفقا لهذه المادة فتقوم على فكرة تحمل التبعية باعتبار ان المتبوع يقيم ويستفيد من اعمال مستخدميه فلا بد له ان يتحمل مغارم عمله ايضا بناءا على القاعدة الفقهية (الغرم بالغنم). ومما يؤكد ذلك ما جاء في الاسباب الموجبة لهذا القانون من ان "الاصل ان الانسان لا يسأل الا عن عمله هو وحده ولا يسأل عن اعمال غيره الا في حالات خاصة اذا جمعت بهم روابط قانونية غير انه لما كان اصحاب المعامل والادارات العامة يستفيدون من خدمات الاشخاص الذين يستخدمون في الأعمال القائمين هم بأدائها ولما كانت القاعدة الحقوقية المقبولة بوجه عام تقضي بان تكون مغارم العمل على صاحبه مادامت له المغارم وحده ولما كان للتطور الاجتماعي في مناحي الحياة الأثر الظاهر في الامور القانونية والتشريعية فقد وجب الأخذ بمسؤولية رب العمل عن الاضرار الحاصلة عن عماله"^(٥١٥). وفي تقديرنا ان قانون الضمانات قد تأثر بخصوص أساس المسؤولية بالفقه الاسلامي والذي كانت المسؤولية فيه ذات طابع موضوعي، اذ ان مجلة الاحكام العدلية المقتبسة احكامها من الفقه الحنفي، هي التي كانت تطبق في العراق قبل صدور قانون الضمانات.

الفرع الثاني- أساس المسؤولية في القانون المدني النافذ وموقف القضاء منه:

وفي هذا المجال فان المشرع العراقي قد جعل في المادة ٢١٩/مدني من نظرية الخطأ المفترض أساسا لمسؤولية الحكومة والبلديات والاشخاص الاخرى التي عدتها. محاولا بذلك حماية المضرور، اذ انه اوجد بجانب التابع او الموظف الذي تسبب بخطئه في وقوع الضرر، شخصا اخر اكثر ملاءة ويسرا هو المتبوع او الادارة واجاز للمضرور من مقاضاتها دون اثبات الخطأ في جانبها، ولكن قرينة الخطأ هذه بجانب الادارة والاشخاص الاخرى هي قرينة بسيطة يمكن دحضها بالدليل العكسي^(٥١٦).

وبذا وقف المشرع العراقي موقفا وسطا بسبب حمايته للمضرور، فلم يقيم تلك المسؤولية على أساس من الخطأ واجب الاثبات تجاه المتبوع كالمسؤولية عن الاعمال الشخصية، ولم يصل بها الى الحد الذي بلغه القانونان الفرنسي والمصري في حمايتهما للمضرور وذلك بجعلهما قرينة الخطأ بجانب المتبوع قطعا غير قابلة لاثبات العكس.

ونستطيع تلمس مسلك المشرع العراقي في الأخذ بنظرية الخطأ المفترض البسيط كأساس لمسؤولية الادارة والاشخاص الاخرى من خلال ما اورده في الفقرة ثانيا من المادة ٢١٩، عندما اجاز للمخدوم بنفي خطئه المفترض باثبات بذله ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر.

واذا كان المشرع العراقي قد جعل من الخطأ المفترض البسيط أساسا لمسؤولية الادارة عن اخطاء موظفيها في نص المادة ٢١٩ من القانون المدني، الا انه لم يحدد

(٥١٥) المرجع السابق، ص ٣٩٢ ص ٣٩٣.

(٥١٦) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص ٢٩٣.

نوع الخطأ، هل انه خطأ في الاختيار ام انه خطأ في الرقابة والتوجيه، ففيمما يتعلق بالاول فقد تبين ان المشرع العراقي لم يأخذ به ^(٥٦٧).

بل اخذ بالخطأ في الرقابة والتوجيه كأساس لمسؤولية الإدارة. ومما يؤكد هذا القول ما قرره القضاء من احكام له بهذا الشأن ^(٥٦٨)، فقد قضت محكمة التمييز بمسؤولية مصلحة نقل الركاب عما يقع من اضرار من قبل سواق سيارات المصلحة بما لها من سلطة فعلية تخولها حق الرقابة واصدار الاوامر اليهم ^(٥٦٩) وقررت في حكم اخر لها ان سائق السيارة التابع للمميز عليه السيد وزير الدفاع اضافة لوظيفته قد ادين من محكمة جنح المدائن بسبب تقصيره فانه يصبح من حق المدعي المتضرر مطالبة المدعي عليه وهو المتبوع بالمبلغ الناجم عن الضرر الذي احدثه التابع ^(٥٧٠). كما وأكدت هذه المحكمة بأن مسؤولية البلدية التبعية تقوم على أساس الخطأ المفترض افتراضاً قابلاً لاثبات العكس ^(٥٧١). فبمنظور القضاء العراقي ان وقوع التابع في الخطأ يدل على ان المتبوع لم يمارس واجب الرقابة والتوجيه قبل تابعه فتقوم مسؤوليته ازاء المضرور بفعل افتراض الخطأ المقرر في جاتبه، ما لم يثبت عكس ذلك ^(٥٧٢).

والملاحظ على المشرع العراقي انه قد غير أساس مسؤولية المتبوع او الإدارة عند تشريعه للقانون المدني لسنة ١٩٥١ عن الأساس الذي كانت تقوم عليه تلك المسؤولية في قانون الضمانات الذي كان سائداً في العراق قبل نفاذ القانون المدني الحالي ^(٥٧٣). وعموماً فإن مسلك المشرع العراقي بخصوص المادة ٢١٩ كان محلاً لانتقاد جاتب كبير من الفقه العراقي سواء من حيث الأساس الذي اقام عليه مسؤولية الإدارة

(٥٦٧) انظر ص ١٣٧ من هذا الكتاب.

(٥٦٨) نقصد بالقضاء هنا جهة القضاء العادي، حيث ان المسؤولية التبعية للإدارة او مسؤوليتها عن الاعمال المادية، تخضع في العراق للقضاء العادي وظل على هذه الحالة حتى بعد انشاء القضاء الاداري فيه. اما في فرنسا ومصر فان قسم كبير من قضايا المسؤولية التبعية للإدارة تخضع للقضاء العادي، وكما سوضح ذلك بأسهاب في الباب الثاني من هذه الرسالة.

(٥٦٩) اشير الى هذا القرار في مؤلف د. عبدالمجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٥٨٣.

(٥٧٠) رقم قرار ٧٧/٤٩٤٩-١٩٨٥/٨٤-نقلا عن د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص ٤١٧.

(٥٧١) حكم محكمة لتمييز في ١٠/٧/١٩٦٨-مجلة العلوم القانونية، المجلد الاول، العدد الاول، ١٩٦٩، ص ١٨٣.

(٥٧٢) د. غازي عبدالرحمن، مسؤولية المتبوع... المصدر السابق، ص ٦٥٦.

(٥٧٣) يذهب الدكتور القباوض الى ان نص المادة الخامسة من قانون الضمانات رقم ٥٤ لسنة ١٩٤٣، لا يعد كثيراً في معناه عن نص المادة

٢١٩ من القانون المدني النافذ لسنة ١٩٥٣ في العراق، اذ هو صياغة مختلفة ولها معنى واحد. (انظر رسالته السابق ذكرها، ص ٤٧٦).

ومع تقديرنا لرأي الدكتور الفياض الا اننا لا نتفق معه، فكما سبق القول ان نص المادة الخامسة من قانون الضمانات قد اقام مسؤولية الإدارة او المتبوع عن اخطاء الموظف او التابع على أساس فكرة تحمل التبعية وما ترتب عنها عدم امكان إدارة الرجوع على الموظف المخطيء بما دفعته من تعويض للمضرور، في حين تقوم مسؤولية الحكومة والبلديات والاشخاص الاخرى في المادة ٢١٩ من قانون المدني النافذ على أساس الخطأ المفترض فرضاً بسيطاً قابلاً لاثبات العكس - - وما يعنيه ذلك من حق الإدارة في الرجوع على الموظف بمبلغ التعويض. وبعد هذا كيف ان نص المادة الخامسة من قانون الضمانات لا يعيد كثيراً عن نص المادة ٢١٩ من قانون المدني النافذ، او ان يكون لهما معنى واحد؟.

والاشخاص الاخرى و المتمثل بالخطأ المفترض، او من حيث استخدامه الفاظا غامضة وغير مستقرة مما ثار خلاف بشأن تفسيره على صعيدي الفقه والقضاء^(٥٧٤).

الفرع الثالث- أساس مسؤولية الإدارة في قانون اصلاح النظام القانوني وفي مشروع القانون المدني العراقي الجديد:

ان مشروع قانون اصلاح النظام القانوني قد اورد بسبب الانتقادات التي وجهت الى المادة ٢١٩ مدني وقصورها في معالجة المشاكل الناتجة عن التطورات الحاصلة في المجالات كافة، مبادئ جديدة في المسؤولية عموما والمسؤولية عن فعل الغير بصورة خاصة، ومن بين ما اشتملت عليه هذه المبادئ الجديدة أساس المسؤولية التبعية، فنص في الفقرة الخاصة بمسؤولية المتبوع على ضرورة "اقامة المسؤولية عن عمل الغير على عنصر الضرر تأسيسا على فكرة الضمان، بحيث يكون المتبوع مسؤولا عن الاضرار التي يحدثها تابعه، وله الرجوع على التابع اذا نشأ الضرر عن تعمد او خطئه الجسيم...."^(٥٧٥) ولما كانت القوانين انعكاسا للأفكار والمصالح الاقتصادية السائدة في المجتمع^(٥٧٦)، فكان لابد للقانون المذكور ان يعتمد أساسا جديدا للمسؤولية عن فعل الغير يتناسب مع المستجدات التي تطرأ على المجتمع بفعل التطور.

وكما هو معلوم ان مشروع القانون المدني الجديد لسنة ١٩٨٤ قد اعتمد في احكامه بشأن المسؤولية عن فعل الغير على ما اوردته قانون اصلاح النظام القانوني بهذا الشأن، فنص في المادة ٤١٨ على انه "يضمن المتبوع الاضرار التي يحدثها تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه وليس للمتبوع الرجوع على التابع بما دفعه من تعويض مادام الضرر قد وقع بسبب تادية العمل او الوظيفة او اثنتائها، ما لم يكن الضرر قد نشأ عن تعمد التابع او خطئه الجسيم".

والملاحظ ان محتوى هذا النص لا يختلف مع ما تضمنه النص الوارد في قانون اصلاح النظام القانوني اذ ان لهما نفس المعنى رغم الاختلاف البسيط في الصياغة، وبالتالي فإن ما قيل بصدد أساس مسؤولية المتبوع او الإدارة احدهما يصدق على الاخر. وقد تعددت الاراء بهذا الصدد حول أساس المسؤولية بحسب ما نصت عليه المادة ٤١٨ من المشروع الجديد. فذهب راي^(٥٧٧) الى اعتبار فكرة الضمان أساسا للمسؤولية عن فعل الغير في حالتي تعمد التابع وخطئه الجسيم وكما حددها واضعوا المشروع في هذه المادة. اما في غير هاتين الحالتين، كعدم صدور خطأ عن التابع او صدور خطأ غير جسيم عنه او حالة القوة القاهرة او خطأ الغير فان أساس مسؤولية المتبوع او الإدارة يكون قائما على مبدأ تحمل التبعة فيكون المتبوع ملزما بتحمل عبء

^(٥٧٤) ومثال ذلك لفظ (التعدي) ولفظ (المؤسسة) - انظر بهذا الشأن د. عبد مجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٥٨٤ - وايضا جبار

صابر طه، المصدر السابق، ص ٣٦٥.

^(٥٧٥) قانون اصلاح نظام القانوني، المصدر السابق، ص ٣٥.

^(٥٧٦) التقرير السياسي الصادر عن المؤتمر القطري الثامن لحزب البعث الاشتراكي في كانون الثاني، ١٩٧٤، الطبعة الرابعة، دار

الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧، ص ١٤٤.

^(٥٧٧) في هذا المعنى انظر، جبار صابر طه، المصدر السابق، ص ٣٦٧.

الضرر بصورة نهائية-دون ان يكون له حق الرجوع على التابع كما في حالة الضمان وهذا ما يجعل مسؤوليته ذاتية وليست عن عمل الغير.

ومن جانب اخر ينتقد اصحاب هذا الرأي نص المادة ٤١٨ من المشروع لأنه لم يتخلص من فكرة الخطأ بصورة نهائية^(٥٧٨)، حيث اجاز للمتبوع الرجوع على التابع عند ارتكابه لخطأ جسيم او خطأ عمدي لان ذلك لا يستقيم مع مبدأ تحمل التبعة ولا مع ما اورده المشروع نفسه عندما قرر اقامة المسؤولية هذه على عنصر الضرر واستبعاد عنصر الخطأ من أساس المسؤولية وينتقدون فكرة الضمان كأساس لهذه المسؤولية لأنها في نظرهم اصبحت فكرة مهجورة سواء على صعيد الفقه او القضاء ولاتها لا تحقق الأهداف المتوخاة من مسؤولية المتبوع^(٥٧٩).

ويذهب راي ثان^(٥٨٠) الى ان أساس مسؤولية المتبوع او الإدارة تقوم وفقا للمادة ٤١٨ من المشروع على فكرة الضمان لا غير، باعتبار انها الفكرة الراجحة في الوقت الحاضر للمزايا التي تحققها، اذ لا يستطيع المتبوع حسب هذه الفكرة التخلص من المسؤولية ولو اثبت انه كان يستحيل عليه منع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر، كما وانها تبرر مسؤولية المتبوع عندما يكون غير مميز، ويرى ايضا ان هذه المادة ذهبت الى ابعد من ذلك بتحديد حالات الرجوع على التابع بحالة تعمد او خطئه الجسيم وفي غيرها يتحمل المتبوع عبء الضرر بمفرده.

وفي اعتقادنا ان ما جاء في الرأي الاول هو الارجح والاقرّب الى الصواب، لأنه ينسجم مع مفهوم المادة ٤١٨ من المشروع اكثر مما ذهب اليه الرأي الثاني، اذ انه يقيم المسؤولية في هذه المادة على أساسين، الأساس الاول هو فكرة تحمل التبعة وتشمل معظم حالات هذه المسؤولية التي لا تتضمن حالة الرجوع على التابع، اما الأساس الثاني فهو فكرة الضمان وتتحقق في حالتي الخطأ العمد والخطأ الجسيم للتابع، حيث اجاز واضعو المشروع في هاتين الحالتين للمتبوع الرجوع على التابع لاستيفاء مبلغ التعويض منه. هذا بالنسبة لعلاقة المتبوع (الإدارة) بالتابع. اما بالنسبة لعلاقة المتضرر بالمتبوع فتكون خاضعة في كل الاحوال لفكرة تحمل التبعة باعتبار ان المسؤولية في المادة ٤١٨ من المشروع قائمة على عنصر الضرر فقط، فبمجرد وقوعه يصبح للمضرور حق مقاضاة المتبوع او الإدارة مباشرة، اما القول بأن أساس هذه المسؤولية هو الضمان فلا يثاثر به موقف المضرور طالما كان ينال التعويض عن الضرر الذي يصيبه بسبب اعمال التابع او الموظف^(٥٨١). وبذلك نفضل مسلك واضعي المشروع على مسلك شرعي قانون الضمانات الملغى و القانون المدني النافذ.

(٥٧٨) ويؤيد هذا القول ايضا -علي عبيد عودة: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقا للقضائية. رسالة ماجستير مقدمة الى

كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، مطبوعة بالرونيو، ١٩٧٧، ص ١٠٤

(٥٧٩) جبار صابر، المصدر السابق، ص ٣٦٨.

(٥٨٠) في هذا المعنى انظر حسن عزيز عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٨٥٤.

(٥٨١) جبار صابر، ص ٣٦٨.

- الفصل الثالث -

مسؤولية الإدارة على أساس الضرر

تمهيد وتقسيم :

بقيت النظرية التقليدية في أساس مسؤولية الإدارة لوقت طويل غير متنازع عليها، إلا أنه مع نهاية القرن التاسع عشر تولدت حركة فقهية هائلة هاجمت بعنف النظرية التقليدية (نظرية الخطأ) ودعت إلى نبذها (٥٨٢).

والأصل في المسؤولية الإدارية - كما مر بنا من قبل - هو وقوع خطأ من جانب الإدارة أو افتراض ذلك الخطأ بجانبها بصورة قاطعة لا تقبل إثبات العكس أو بسبب تقبل الدليل العكسي، ولكن قد لا يكون هناك خطأ من جانب الإدارة كما لا يمكن افتراضه ومع ذلك يحكم القضاء بمسؤولية الإدارة على أساس وقوع الضرر، وهذه تسمى بالمسؤولية الموضوعية أو المسؤولية بدون خطأ، فالمسؤولية هنا تركز على ركنين فقط، الضرر والعلاقة السببية بينه وبين التصرف الضار للإدارة (٥٨٣).

ولكن هذه المسؤولية تكون لها صفة استثنائية وتكميلية، بمعنى أن المسؤولية على أساس الضرر هي في حقيقة الأمر مكملّة للنظرية الأساسية للمسؤولية وهي نظرية الخطأ (٥٨٤).

والنظرية الموضوعية تقررت في الأصل لتحقيق مصلحة المضرور وضمان حقوقه بالعمل على حصوله على التعويض بايسر الطرق، ولا يمكن أن يتحقق ذلك بالاستناد إلى النظرية التقليدية لتناقضها مع مصلحة المتضرر لأنها تلزمه إثبات وجود الخطأ .

وقد برز هذا الأساس الجديد للمسؤولية في بادئ الأمر في قوانين الدول التي بلغت فيها الصناعة والنشاط الحكومي حدا كبيرا من التطور ثم نقلت عنها دول أخرى أقل شأنًا في التطور هذه النظرية وادخلتها في تشريعاتها .

ونظرا لأهمية هذا الأساس ولكونه يأتي بعد الأساس الأول لمسؤولية الإدارة، فلا بد أن نتكلم عنه في مبحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى نظرية المخاطر أساسا لمسؤولية الإدارة، أما في المبحث الثاني فنتناول تطبيقات نظرية المخاطر في القانون المقارن .

(٥٨٢) د. طلال عامر المهتار، المصدر السابق، ص ٢٦٠ .

(٥٨٣) انظر د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، المصدر السابق، ص ٢١٠ - أيضا د. حسن عامر وعبد الرحيم عامر، المصدر

السابق، ص ١٢٣ .

(٥٨٤) جابر صابر طه، المصدر السابق، ص ١٠٣ .

-المبحث الاول-

نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الإدارة

سيجري الكلام في هذا الموضوع في مطالب اربعة ،نتناول في المطلب الاول المسؤولية الموضوعية في القانون بصورة عامة ثم نعقب ذلك بالكلام عنها في نطاق القانون الاداري أي في اطار مسؤولية المخاطر الادارية وذلك في المطلب الثاني .ثم نأتي الى استعراض شروط مسؤولية المخاطر الادارية في المطلب الثالث.اما في المطلب الرابع والآخر من هذا المبحث فسنبين موقف الفقه من فكرة المخاطر باعتبارها أساسا لمسؤولية الإدارة .

-المطلب الاول-

المسؤولية الموضوعية في القانون (عوامل ظهورها):-

ظهر هذا النوع من المسؤولية في عالم القانون بتطور مزدوج، التقنية الصناعية من جهة، والافكار الاجتماعية من جهة اخرى .اذ ان التحول الذي شهدته الشعوب في حياتها ووسائل معيشتها بفضل الثورة الصناعية وانتشار الآلات الميكانيكية و التقدم التكنولوجي حملت في طياتها تهديدا متزايدا لحياة طبقة واسعة من طبقات المجتمع وهم العمال والموظفون^(٥٨٥)،بينما ازدادت ارباح وفوائد اصحاب المصانع وارباب العمل نتيجة الجمع بين الآلة والعمال ،والتي اصبح من جرائها العامل معرضا للخطر لان القوة الكامنة في الآلة هي قوة عمياء لا يحدها رادع، فنتج عن هذا الوضع ازدياد اصابات العمل والاضرار بسبب استعمال تلك الآلات وما صاحب ذلك صعوبة اثبات خطأ مستغلها او مالكها، فادى ذلك الى ان يتحمل العمال المصابون او الافراد المتضررون اعباء تلك الحوادث او النشاطات الضارة وكأنها وقعت بهم قضاء وقدر دون ان تمكنهم قواعد المسؤولية على أساس الخطأ من استحصال حكم قضائي للتعويض عن تلك الخسائر.^(٥٨٦) فصار عدد كبير من العمال ضحية للقواعد التقليدية في المسؤولية .فبدأ الشعور بالفرق الشاسع بين قواعد المسؤولية التقليدية التي تلزم المضرور بأثبات خطأ فاعل الضرر او مسببه وبين مبادئ وقواعد العدالة التي تقضي بعدم ترك العامل او الفرد المتضرر من دون ان يدفع له تعويض عادل لجبر الضرر الواقع به،فحاول الفقهاء ايجاد مخرج يضمن حقوق ومصالح كل من العمال والافراد وذلك بأعادة النظر في

(٥٨٥) Andre de laubader, op.cit. p.713 .No. 1242 .

(٥٨٦) د. طلال عامر المهتار،المصدر السابق،ص٢٦٢.

الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية. وقد بادر مجلس الدولة الفرنسي الى تقرير هذا الأساس الجديد للمسؤولية بصدر حكمه في قضية **Camès** سنة ١٨٩٥ (٥٨٧).

وان هذا التوجه الجديد للمجلس بصدد أساس المسؤولية قد ساندته ظهور افكار وتيارات قانونية منها تيار المذهب المادي في القانون **le materialisme** والذي يعطي الاولوية للمظهر الخارجي للأرادة ولا يعتد بالأرادة الباطنة في ذاتها التي لا تقوم الا في ضمير الفاعل ولا تقوم بين ذمة مالية واخرى، فهذا المذهب لا يجد في الالتزام رابطة شخصية كما كان معروفا في القانون الروماني، وانما يرجح محل الالتزام على اشخاصه، فيصبح الالتزام بذلك عنصرا ماليا اكثر من كونه علاقة شخصية، الامر الذي يجعل لمحل الالتزام قيمة مالية مستقلة عن شخص الدائن والمدين ويمكن ان ترد عليه كافة التصرفات القانونية التي ترد على الحق العيني. وقد نشأ هذا المذهب في المانيا. ولا ينكر دور كل من الفقيهين جيركة **Gierke** وكوهلر **Kohler** في تأسيسه، ولم يقتصر هذا المذهب على المانيا وحدها بل حاول الفقيه الفرنسي (سالي) ترويجه في فرنسا ولكنه لم ينجح بسبب تاثر القانون الفرنسي بالقانون الروماني القديم تأثرا كبيرا (٥٨٨)، وقد ساهم المذهب المادي في تعزيز النظرية الموضوعية عندما اوجب هجر فكرة الخطأ في المسؤولية وتعويض المصاب بمجرد وقوع الضرر لان المسؤولية القانونية وفقا لهذا المذهب تهدف الى اعادة التوازن بين ذمتين افتقرت احدها بسبب اثناء الاخرى دون الأخذ بنظر الاعتبار سلوك المتسبب في الضرر (٥٨٩).

وما ذهب اليه من جهة اخرى تيار الوضعية **le Positivisme** بزعامة المدرسة الايطالية، فأنصار هذا المذهب يؤكدون وجوب فرض العقاب على الجاني بالقياس الى مالهذا الجرم من خطر على المجتمع دون النظر الى شخص الجاني او ظروفه، اي انهم ينظرون في مجال المسؤولية الجنائية الى الجرم في ذاته دون شخص المجرم، وان المنطق يقتضي في مجال المسؤولية المدنية قيامها على أساس الضرر دون الاعتداد بعنصر الخطأ (٥٩٠).

وكذلك اراء المدرسة التاريخية في القانون **Le cole historique**، التي ترى ان القانون يتطور مع ظروف وافكار العصر مساييرا لمقتضياته محققا لمصالحه المتغيرة. ووفقا لهذا فان تأسيس المسؤولية المدنية على الخطأ يعني الرجوع الى الفترة التي كانت تختلط فيها المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية، اما وبعد ان استقلت المسؤوليةان فلم يبق محل للتمسك بالخطأ كأساس للمسؤولية في الوقت الذي تتقدم فيه

(٥٨٧) د. عبدالمجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٦٠٢-٦٠٣.

(٥٨٨) انظر بهذا الشأن د. عبدالمجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ١٤-١٥-١٦ د. عبدالرزاق السهوري، الوسيط... المصدر السابق.

ص ١٠٨.

(٥٨٩) راجع د. عبدالمعمر فرج الصدة، المصدر السابق، ص ١٨-وايضاً همزة خمر عثمان، المصدر السابق، ص ٤٠.

(٥٩٠) د. حسين عامر و عبدالرحيم عامر، المصدر السابق، ص ١٣١.

الصناعات وتنتشر فيه الآلات الميكانيكية الخطرة، إذ ان القانون تخلقه البيئة الاجتماعية وفق مقتضياتها^(٥٩١).

كما وان النزعة الاشتراكية في القانون le socialisme Juridique صارت تقيم المسؤولية في الكثير من الاحوال على أساس الضرر دون النظر الى وجود الخطأ او عدمه، لان التعويض عن الاضرار وفقا لهذه النزعة تعود الى كونها تعتبر حقوق الافراد وظائف تؤدي لمصلحة المجموع فيكون من الواجب ان يلقي على عاتق المجموع عبء تعويض الافراد طالما كانت الغاية من منح الحقوق للافراد تحقيق الخير والرفاهية لمصلحة الجماعة^(٥٩٢).

واخيرا تستند النظرية الموضوعية في المسؤولية الى مبادئ الاخلاق والعدالة Morale et equite التي توجب على فاعل الضرر تعويض المضرور نتيجة فعله غير المشروع، وان لم يكن هناك خطأ في جانب المسؤول، فليس من العدل في شيء ان يتحمل المضرور عبء الضرر، وانما توجب العدالة هنا ان يتحمل المتسبب في حدوث الضرر عبء التعويض عنه. وان لا يترك للحظ فرصة التحكم في الموقف^(٥٩٣).

هذا وقد شاعت تسمية المسؤولية الموضوعية بالمسؤولية القائمة على أساس تحمل التبعة بصورتها المطلقة والمقيدة^(٥٩٤) في مجال الفقه المدني في حين سميت بالمسؤولية القائمة على أساس المخاطر أو مسؤولية المخاطر في فقه القانون الاداري .

^(٥٩١) وتعد المدرسة التاريخية في القانون من اهم مدارس تفسير القانون. اذ تعتمد في تفسيرها للنصوص القانونية البحث عن الارادة المحتملة للمشرع وقت وضعه للنص القانوني لو انه واجه تنظيم ما استحدثت من معاملات وعوامل واقعية ظهرت عند التفسير. اي ان النص القانوني لدى هذه المدرسة يتمتع بحياة خاصة مستقلة عن ارادة واضعيه بمجرد صدوره، ويخضع في تفسيره لكل التطورات التي تحدث داخل الجماعة، وهذا بلا شك يتعارض مع ما ذهب اليه مدرسة الشرح على المتون التي تعتمد في تفسير النص القانوني على ما اراده المشرع وقت وضعه للنص وليس وقت تفسيره و ما ترتب على ذلك من جهودها وعدم مطابقة حلولها مع الواقع .

انظر بهذا الصدد -د. ابراهيم ابو ليل و د. محمد الالفي، المصدر السابق، ص ١٥٢- و د. منذر الشاوي، مذاهب القانون، المكتبة القانونية، دار الحكمة، الطبعة الثالثة بغداد، ١٩٩١، ص ٧٩، ص ٨٠- وايضا استاذنا د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ١٩٨٢، ص ١٧٥-١٨٨.

^(٥٩٢) د. حسن علي الذنون، بحث الموسوم المسؤولية المادية (نظرية تحمل التبعة)، منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد خاص، ١٩٨٤، ص ٢١، ص ٥٦ بالاشارة الى ص ٢٧

^(٥٩٣) د. حسن عامر وعبد الرحيم عامر، المصدر السابق، ص ١٣٢- وللزمزيد من التفصيل في هذا الموضوع انظر عبد الحميد الشواربي و عز الدين الديناصوري، المصدر السابق ص ٢٨٢.

^(٥٩٤) ان الصورة المطلقة لمبدأ تحمل التبعة تعني مساءلة الشخص عن النتائج الضارة لاي نشاط يقوم به دون حصر، اي انه يهدر ركن الخطأ ثانيا. بينما تعني الصورة المقيدة هذا المبدأ بان الشخص يكون غير مسؤول عن النتائج الضارة لنشاطه الا في الحالات التي يربح منها أي الغرم بالغم، اما في غيرها فانه يشترط ثبوت ارتكاب الشخص للخطأ. انظر زهدي يكن، المصدر السابق، ص ٢٥١، ص ٢٥٢- ر د. غازي عبد الرحمن ناجي، مسؤولية الميوع عن اعمال التابع، المرجع السابق، ص ٨٣.

والملاحظ ان هذا الاختلاف اللغضي في التعبير عن هذه المسؤولية لامبررله طالما كانت بجمعها تعطي نفس المعنى وهو المسؤولية غير القائمة على فكرة الخطأ، وتعتقد ان هذا الاختلاف راجع الى ميل الفقهاء ورغبتهم في تمييز نظريات القانون الاداري عن نظائرها في القانون المدني.

-المطلب الثاني-

مسؤولية المخاطر الادارية:-

ظهرت فكرة المخاطر الادارية منذ عام ١٨٩٥ لتعتبر الشخص مسؤولا عن كل نشاطاته واعماله اذا مانتج عنها ضرر بمعزل عن وجود الخطأ او عدمه، والسبب الذي ادى الى الاخذ بهذه النظرية الجديدة كان مسألة حوادث العمل والمسؤولية الناشئة عن الاشياء^(٥٩٥)، فالعامل الحارس للشيء او الفرد المتضرر كان معرضا، لعدم قدرته على اثبات خطأ رب العمل او الادارة، لأن يبقى بدون تعويض، فأراد اصحاب هذه النظرية جعلها تعم كل اسباب الضرر الذي يقع للأشخاص والاموال، وان تأخذ دور القاعدة التي وضعتها المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي ولكنها لم تلق الترحيب الذي كان يتوقع لها^(٥٩٦).

فإذا كان لنظرية الخطأ انصارها الذين تبناها ودافعوا عنها، وغيروا من وسائل دفاعهم عنها كلما جاء الاجتهاد بوجهات تكشف عن ثغرات فيها، فان نظرية المخاطر بدورها قد ألقت حولها فقهاء لهم في علم القانون بصماتهم ، امثال لابي وسالي وجوسران وسافاتييه وديموج^(٥٩٧).

فالعلامة لابي نادى بنظرية المخاطر منذ ان وجدت واراد لها ان تحل محل فكرة الخطأ التي ثبت عدم كفايتها فقرر لنظرية المخاطر او تحمل التبعة ان تكون الأساس الذي يجب ان تقوم عليه المسؤولية في العصر الحديث، وكان اول من اتجه نظره الى المادة ١٣٨٤ فقرة اولى من القانون المدني الفرنسي^(٥٩٨)، وراى فيها تقريرا للفكرة التي نادى بها، وقد استدل على ذلك بالفقرة الاخيرة من المادة نفسها التي تجيز للوالدين والمربين ومعلمي الحرف دفع مسؤوليتهم باقامة الدليل على انتفاء الخطأ من جانبهم ، قائلا بان الفقرة الاخيرة من المادة السابقة لاتشمل حراس الاشياء المنصوص على

^(٥٩٥) لابد من الاشارة الى انه في مجال المسؤولية عن الاشياء تسري على الادارة ما تسري على الافراد من قواعد اى ان احكام هذه المسؤولية لا تختلف عموما في القانون الاداري عنها في القانون المدني وللاستزادة في هذا الموضوع نجل القارئ الى المراجع المدنية في هذا الصدد.

^(٥٩٦) د. طلال عامر المهتار، المصدر السابق، ص ٢٦٢.

^(٥٩٧) انظر د. محسن خليل ود. سعد العصفور، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٥٦٤.

^(٥٩٨) تنص م ١٣٨٤/١ على انه "لا يلزم الإنسان بتعويض الضرر الناشئ عن فعله فقط بل الناشئ ايضا عن اهماله وعدم تبصره".

مسؤوليتهم في الفقرة الاولى منها، وهذا يدل على ان مسؤولية هؤلاء ليست قائمة على أساس الخطأ خلافا لمسؤولية اولئك الذين يمكن لهم دفع مسؤوليتهم بنفي الخطأ عن انفسهم^(٥٩٩).

ثم جاء من بعده الفقيه سالي سنة ١٨٩٧ واطلق نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية وعممها في مجال الحوادث الناشئة عن الآلات الميكانيكية الخطرة لصعوبة اثبات الخطأ في اغلب هذه الحالات فاتجه بدوره ايضا صوب المادة ١٣٨٤/فقرة اولى-ليحلها ويستخلص منها المبدأ القائل بأن كل من سبب ضررا للغير وجب عليه اصلاح الضرر فيما لو قامت بين هذا الضرر وبين الفاعل رابطة سببية وذلك لمقتضيات العدالة والمبادئ التي تحكمها^(٦٠٠).

يظهر ان هذا الفقيه قد وسع من نطاق فكرة المخاطر الى حد اعتبارها مبدأ عاما في مجال المسؤولية بحيث يمكن لها ان تزيج نظرية الخطأ لتحل محلها كأساس للمسؤولية ثم جاء الفقيه جوسران في العام نفسه مناديا بوجوب تحديد هذا المبدأ وقصره على الحالات التي يكون فيها المتسبب في الضرر قد بالغ في المخاطر العادية الملازمة للحياة في المجتمع، حيث ظل متمسكا بهذه النظرية شارحا لها ومستعرضا في شرحه فكرة الخطر المستحدث وفكرة المنفعة والجمع بينهما مؤكدا على الصفة الموضوعية لهذه المسؤولية التي تجعل مخاطر الملك او المصنع على عاتق من يعود عليه ربحه^(٦٠١).

ومهما يكن من امر فان القضاء الفرنسي قد خرج عن صمته ازاء هذه النظرية باعتبارها أساسا للمسؤولية وذلك بحكم مجلس الدولة الفرنسي عام ١٨٩٥ في قضية Came الذي قضى فيه بالتعويض على أساس مخاطر المهنة^(٦٠٢).

ولما كانت مسؤولية المخاطر قائمة على ركنين فقط هما الضرر والعلاقة السببية بينه وبين نشاط الإدارة ،لذا فان هذه المسؤولية تتميز عن المسؤولية الناجمة عن سوء تنظيم المرفق في مجموعه ولو لم يكن أسناد خطأ معين الى موظف بعينه والذي يطلق

(٥٩٩) زهدي يكن، المصدر السابق، ص ٢٥١ ص ٢٥٢.

(٦٠٠) د. حسن علي الذنون، المسؤولية المادية - نظرية تحمل التبعة، بحثه السابق، ص ٢٤.

(٦٠١) د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير، المصدر السابق، ص ٣٨٧.

(٦٠٢) وما يجدر ذكره ان نظرية المخاطر في مجال المسؤولية وان كانت تدن قضاء مجلس الدولة الفرنسي من ناحية تطويرها وترسيخ اسمها، الا ان اول ظهورها لا يرجع الى هذا القضاء ، اذ وجدت تطبيقات هذه النظرية في الدول ذات النظام القضائي الموحد قبل ان يعتنقها قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

لقانون المسؤولية لسنة ١٨٧١ في ألمانيا قد قرر المسؤولية عن الحوادث والاعطال الناجمة عن نشاط السكك الحديدية والحاجر والمصانع والمقالع . واعتبر هذه المسؤولية من النظام العام ، كما وان القضاء الانكليزي بدا بالتخلي عن فكرة المسؤولية على أساس الخطأ في بعض الحالات وتبني فكرة التعويض عن الضرر الناشئ عن الخطر لا الخطأ ، ثم توالى التشريعات المدنية في تنظيم هذا النوع من المسؤولية.

(انظر في تأكيد هذا القول د. رياض عيسى، مقدمة في القانون الاداري الجزائري، الطبعة الاولى، معهد الحقوق والعلوم الادارية ،

تيزي اوزو - جزائر، بدون سنة طبع، ص ١٥٨).

عليه مجلس الدولة الفرنسي تسمية (خطأ المرفق العام) في ان المسؤولية في الحالة الاولى منبت الصلة بالخطأ، اما في الحالة الثانية فتمة خطأ مجهول (Anonyme) يلاحظه المجلس في سوء تنظيم المرفق او من مجانبته للقواعد الضابطة لسيره^(١٠٣).

ونظرية المخاطر لم تبتنى على فكرة واحدة، اذ تقاسمتها وجهتان في التفكير تختلطان احيانا. فالاولى منهما تربط بين الضرر وبين النشاط الذي يمارسه الشخص، فيكون اصلاح ذلك الضرر في مقابل هذا النشاط ومخاطره من دون ضرورة لاثبات الخطأ فيه، فتتطبع هذه الوجهة بالطابع الاجتماعي. اما الوجهة الثانية التي تجعل من فكرة المنفعة سببا لمسؤولية المخاطر فهي ان الذي يمارس نشاطه مستعملا الشيء ومنفعة منه يلزم ان يتحمل عبء الضرر الواقع للغير نتيجة لهذه الممارسة، اذ ان الانتفاع بالشيء يقابله الالتزام بمخاطره، اي ان الذي يجني الكسب المادي من عمله يكون قد ارتضى ضرورة، مقابل كسبه مخاطر الاضرار الناتجة عن العمل، فيقلب على هذه الوجهة الطابع الاقتصادي^(١٠٤).

وعلى هذا فان فكرة المخاطر تقوم على مبدئين أساسيين، الاول هو ان الخطأ ليس بشرط لازم لتحقيق المسؤولية، فالخطأ وفق هذه النظرية لا يدخل تحت اركان المسؤولية فلا يكلف المضرور باثباته.

وهذا يعني ان انتفاء الخطأ لا اثر له على هذه المسؤولية، فلا يستطيع فاعل الضرر (حارس الشيء) نفى مسؤولية باثبات انه لم يرتكب أي خطأ، اذ ان هذه المسؤولية تتحقق سواء وقع هذا الخطأ او لم يقع، فانتفاء الخطأ في جانب لا يؤثر في الاركان الاخرى للمسؤولية. فحتى يتخلص المسؤول وفقا لهذه النظرية من التزامه بتعويض، الضرر يجب عليه ان يهدم ركنا اخر من اركان هذه المسؤولية، كأن يثبت ان الضرر لا يمت الى نشاطه بصلة، او انه لم يكن حارسا للشيء (حالة المسؤولية عن الاشياء) عند وقوع الضرر، او بنفي العلاقة السببية بين الضرر ونشاط الادارة ويحصل ذلك بطرق عدة، منها نفى كون النشاط الاداري او الشيء المملوك للادارة هو السبب المنتج (الكافي) في وقوع الضرر، او ان الضرر راجع الى سبب اجنبي عنه كالقوة القاهرة او خطأ لمضرور او خطأ الغير. كما يشترط في السبب الاجنبي ان يكون اجنبيا عن الشيء نفسه وعن حارسه فلا تعفى الادارة (الحارس للشيء) اذا كان الضرر راجعا الى عيب او خلل في الشيء، اذ ان الاضرار التي ترجع الى الشيء ذاته هي اوضح صورة للمخاطر التي تسأل عنها الادارة، اما المبدأ الثاني فهو ان الشخص المسؤول عندما اوجد النشاط الخطر هيا بذلك فرصا واحتمالات للاضرار بالغير، وهذه هي المخاطر المستحدثة Risque-Cree، او ان المستفيد من النشاط او من استعمال الشيء الخطر عليه تحمل ما ينتج عنه من تبعات وهذه هي مخاطر الانتفاع Risque-Profit والتي

(١٠٣) Rene Chapus , op.cit.P.264 No.246

(١٠٤) انظر د. عاطف النقيب، ص ٣٨٦-٣٨٧-زهدي يكن، المصدر السابق، ص ٢٥٢.

قررتها المحاكم الادارية^(٦٠٥). غير ان مجلس الدولة الفرنسي لم يعتبر ولا يزال هذه النظرية أساسا عاما للمسؤولية الادارية، بل عدها أساسا تكميليا واستثنائيا لمسؤولية الإدارة يلجا إليها في حالات خاصة^(٦٠٦)، محاولا قدر الامكان التوفيق بين الافكار الفردية الهادفة الى حماية الافراد ضد المخاطر المتولدة عن نشاط الإدارة وبين مستلزمات الاعمال الادارية التي تأبى ان يكون سيف المسؤولية مسلطا باستمرار على رقاب موظفي الإدارة لحد من نشاطهم و يثبط من همهم و يؤثر بدوره في سير الاعمال لدى الإدارة سيرا عاديا، وهو ما حدا بالمجلس لمحاولة ضمان سلطة تقديرية واسعة للإدارة فيما يتعلق بقضاء الالغاء، اذ تكون الإدارة فيه بمنجاة من رقابة القضاء^(٦٠٧).

-المطلب الثالث-

شروط مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر:-

يتعين للحكم بالتعويض على أساس المخاطر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي توفر شروط معينة يرجع بعضها الى طبيعة الضرر، وبعضها الآخر يمس العلاقة السببية. لذا فأننا سنقسم هذا المطلب الى فرعين مستقلين، نتناول في الفرع الاول ركن الضرر في مسؤولية المخاطر، ونخصص الفرع الثاني لركن السببية في هذه المسؤولية.

الفرع الاول-الضرر ومفهومه في القانونين المدني والاداري:-

الضرر لغة هو الاسم للفعل تضرر وجمعه اضرار-الضرر وبابه رد،وهو ضد النفع^(٦٠٨). والضرر قانونا هو الأذى الذي يصيب الشخص مما يتوجب تعويضه لانه يمس حقا من الحقوق او مصلحة مالية مشروعة، سواء كان هذا الحق او تلك المصلحة متعلقا بشخص المضرور، كالحق في الحياة او الحق في السلامة البدنية وغيرها من الحقوق للصيقة بالإنسان، او متعلقا بالجانب المالي كحق الملكية وحق الانتفاع، او ان

^(٦٠٥) انظر بهذا الصدد: د. محمد لبيب شب، المسؤولية عن الاشياء، ٢٨٣- ايضاد. سليمان الطماوي، القضاء الاداري- قضاء التعويض... المصدر السابق، ص ٣٣٦-٣٣٧ ود. اياد عبد الجبار الملوكي، المسؤولية عن الاشياء، الطبعة الاولى، بغداد، ١٩٨٠، ص ٢٢.

^(٦٠٦) John.G.Fleming, The Law Of Torts, fifth edition, the law book company Limited, Sydney Melbourne Brisbane- Perth, 1977, P.486.

^(٦٠٧) د. سليمان الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٩٢.

^(٦٠٨) المنجد في اللغة والاعلام، دار المشرق، ط ٢٨، بيروت، ١٩٨٦، ص ٤٤٧.

يقع على مصلحة للشخص ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة^(٦٠٩)، ما دام انها مشروعة كمصلحة الشخص المعال دون التزام قانوني او اتفاقي^(٦١٠).

و الضرر ركن في المسؤولية في كل من القانونين المدني والاداري. ومهما تغيرت الاراء حول أساس مسؤولية الإدارة واقامت على أساس الخطأ او المخاطر فأنها لم تؤثر اطلاقاً على ضرورة وقوع الضرر لقيام المسؤولية، لان وقوع الضرر هو الدافع الأساسي للبحث في مسألة تحديد المتسبب في وقوعه سواء بأعمال قواعد المسؤولية الادارية او قواعد المسؤولية المدنية^(٦١١) والضرر على نوعين، الضرر المادي والضرر الادبي، فالضرر المادي هو الذي يصيب الشخص في حق له او مصلحة مالية، وعلى نقيض منه فان الضرر الادبي او المعنوي لا يصيب الا حقاً او مصلحة غير مالية، كالذي يصيب الشخص في عاطفته و شعوره او في اعتباره وشرفه^(٦١٢).

وفيما يتعلق بالتعويض عن الضرر المادي، فلا خلاف بين قواعد المسؤولية المدنية وقواعد المسؤولية الادارية، ولكن هناك شئ من الاختلاف بينهما بخصوص التعويض عن الضرر الادبي^(٦١٣)، فالقواعد المدنية تقرر صراحة التعويض عن الضرر الادبي، فالمادة ١/٢٠٥ من القانون المدني العراقي قد نصت على انه "يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته او في عرضه او في شرفه او في سمعته او في مركزه الاجتماعي او في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولاً عن التعويض". فلا يبقى مجال للشك في ان القانون المدني العراقي يقرر تعويض المضرور عن جميع الالام التي تصيبه. كما تنص المادة ١/٢٢٢ من القانون المدني المصري على انه "يشمل التعويض الضرر الادبي ايضاً ولكن لا يجوز في هذه الحالة ان ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق او طالب الدائن به امام القضاء" كما وان نصوص القانون المدني الفرنسي عموماً تسمح بالتعويض عن الضرر الادبي بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادي^(٦١٤). اما في القانون الاداري، فنجد ان مجلس الدولة

(٦٠٩) على ان قواعد المسؤولية الادارية لا تجيز التعويض في هذه الحالة، لانها تشترط ان يكون الاعتداء واقعا على حق وليس على مجرد مصلحة، ومن هنا يبرز الفرق بين القواعد المدنية والادارية في المسؤولية من جهة، وبين قضاء التعويض وقضاء الالغاء ضمن القضاء الاداري من جهة اخرى، ففي الوقت الذي يجوز المطالبة بالغاء القرار الاداري المعيب بمجرد مساسه بمصلحة المدعي، فان دعوى التعويض لا تصح اقامتها الا اذا كان الاعتداء واقعا على حق مقرر قانوناً لا على مجرد مصلحة. (انظر د. محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الادارية... المصدر السابق، ص ١٨٩ ض ١٨٢).

(٦١٠) راجع د. عبدالمعتمد الصدة، المصدر السابق، ص ٥٨٥-د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص ٣٢٨-د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ١٢٧.

(٦١١) د. منذر الفضل، ص ٣٢٩-وانظر ايضاً د. محمود مختار البربري، المصدر السابق، ص ١٠٢.

(٦١٢) د. المنهوري، الوسيط في شرح القانون... المصدر السابق، ص ٨٦٤.

(٦١٣) د. مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المهنية، ط ١، دار الحداثة، بيروت، ١٩٨٥، ص ٢٨٢.

(٦١٤) انظر د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص ١٦٧ و د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص ٨٦٦.

الفرنسي كان يرفض ولمدة طويلة الحكم بالتعويض عن الضرر الادبي على أساس ان (الدموع لا تقوم) ^(١١٥) ، اذ اشترط في الضرر الذي يترتب عليه المسؤولية ان يكون مما يمكن تقديره نقداً ، وهو ان كان ممكناً بالنسبة للضرر المادي فانه يصعب في حالة الضرر الادبي . فقد رفض المجلس في كثير من احكامه التعويض عن الالام النفسية او العاطفية التي يتحملها الشخص لفقد شخص عزيز عليه ، ولكن المجلس بدأ فيما بعد يتحول عن مسلكه هذا و يقر التعويض عن الاضرار المعنوية المصحوبة بالاضرار المادية ويقرر تعويضاً اجمالياً عنهما ، على انه كان يستثنى من هذه القاعدة حالة الاضرار المعنوية الناتجة عن الاعتداء على الشعور والعواطف بسبب قتل شخص عزيز ، ولو ان الضرر المعنوي هنا مصحوب بالضرر المادي الا ان المجلس عالج هذه الحالة مع حالة الاضرار المعنوية المحضة فبدأ يقر بمبدأ التعويض عن الاضرار المعنوية غير المصحوبة بالاضرار المادية منذ عام ١٩٢١ .

وقد جرى القضاء التقليدي للمجلس على الحكم بتعويض رمزي عن الاضرار المعنوية المحضة ، ثم تطور بعد ذلك فاصبح يقضي بالتعويض الكامل عن الاضرار الادبية ^(١١٦) . ومهما يكن فان الموقف الحالي للتعويضات في القانون الاداري هو عموماً غير مقبول بسبب تنوعها ، وقد صدرت توصيات عديدة للحد من هذه الظاهرة ^(١١٧) اما الشروط العامة الواجب تحقيقها في الضرر لتترتب عنه مسؤولية الادارة فهي باقتضاب كالآتي :-

١- ان يكون الضرر محققاً ، ويقصد بذلك ان يكون الضرر قد وقع فعلاً او ان وقوعه في المستقبل امر حتمي ، اما الضرر المحتمل او المفترض وقوعه فلا يعوض عنه ، اذ ان التعويض هو مبلغ نقدي لجبر الضرر ، ولا يتصور ان يستطیع القضاء تقدير مبلغ نقدي لجبر ضرر لم يقع بعد ، لان التقدير يستلزم وجود المقدّر يقيناً وتحققاً ، ومع ذلك فان تفويت فرصة يترتب لمن ضاعت عليه الفرصة حقاً في التعويض ، فالقضاء الاداري والقضاء المدني متفقان بشأن هذا الشرط وعلى حد قول الاستاذ colliard في رسالته عن الضرر في القانون الاداري "الحق في التعويض لا يمكن ان يؤسس على الخشية والشك والخطر او التهديد" ^(١١٨) وفي هذا يقول القضاء الاداري المصري "انما يكون مدى التعويض بمقدار الضرر الواقع فعلاً على أساس الواقع الثابت لا على أساس افتراض

^(١١٥) "Les larmes Ne semonnaient pas ".

^(١١٦) راجع د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الاداري - قضاء التعويض ... المصدر السابق ، ص ٤٦٩ ص ٤٦٣ - على ان مجلس الدولة المصري قد سلك نفس مسلك زميله الفرنسي بشأن المسؤولية عن الاضرار المعنوية - انظر د. محمد فؤاد مهنا ، المسؤولية الادارية ... المصدر السابق ، ص ١٨٩

^(١١٧) S.H.Bailey-C.A.cross-G.F.Garner,cases and materials in administrative Law, Sweet & Maxwell,London,1977,P.494 .

^(١١٨) د. حسين عامر و عبد الرحيم عامر ، المصدر السابق ، ص ٣٣٣ .

امور محتملة قد لا تحصل ،اذ يجب لصحة الاحكام ان تبني على الواقع لا على الفروض والاحتمالات^(٦١٩).

٢- ان يكون الضرر واقعا على حق مشروع-اذ يجب ان يقع الضرر على حق مقور لصاحبه ومشروع، وياخذ الحق هنا معناه الواسع سواء كان ماليا او سياسيا (كحق الانتخابات) او حقا مدنيا او حقوق الاسرة ،فيشترط بالاضافة الى وجود الحق ان يكون مقورا على نحو مشروع فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي التعويض لعشيقته شخص المتوفي التي كانت تعاشره معاشرة غير شرعية، او التعويض لوالدة طفل طبيعي غير معترف به^(٦٢٠).

٣- ان يكون الضرر مما يمكن تقديره نقدا-فالهدف من قضاء التعويض هو الزام الادارة بأن تدفع مبلغا من النقود كتعويض للمتضرر من اعمالها عند توافر اركان المسؤولية، فاذا كان الضرر ماديا فانه يسهل تقديره نقدا، اما الضرر المعنوي فقد ثار حوله الشك في بادئ الامر، ثم اتجه القضاء الاداري الفرنسي-على ما اسلفنا القول - الى انتهاج مسلك القضاء العادي و اقرار التعويض عن الضرر المعنوي وتابعه في ذلك مجلس الدولة المصري^(٦٢١).

٤- ان لا يكون الضرر قد سبق تعويضه-اذ لا يجوز ان يحصل المضرور على اكثر من تعويض لأصلاح نفس الضرر لنلا يؤدي ذلك الى اثرات المتضرر على حساب الفاعل او الادارة وهذا مبدا عام له تطبيقات في مجالات اخرى ،كعدم جواز الحصول على الفوائد التأخيرية عن مبلغ التعويض المقرر^(٦٢٢).

والى جانب هذه الشروط العامة فقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي في الضرر توافر صفتين حتى يحكم بالمسؤولية على أساس المخاطر وهي:-

١- صفة الخصوصية -يقصد بالضرر الخاص ان يكون منصبا على شخص واحد او عدد معين من الأشخاص بحيث يجد المضرور نفسه في وضع استثنائي لا يشاركه فيه سائر الافراد، فالضرر الذي يقع شاملا بالنسبة للمجتمع او لمجموعة كبيرة من الافراد لا تترتب عليه المسؤولية، وقد أخذ بهذا الشرط فيما بعد القضاء العادي ايضا.

٢- الجسامة غير العادية -يكون الضرر جسيما جسامة غير عادية ،اذا ادى الى توقف المضرور عن نشاطه تماما فلا يعوز مجلس الدولة عن الضرر الذي يعتبر من قبيل المخاطر العادية .وتحديد جسامة الضرر يعود الى سلطة المجلس التقديرية دون رقابة

^(٦١٩) مشار الى هذا الحكم في المؤلف د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٣٤٣.

^(٦٢٠) C.E.LL Mai, 1928, demoiselle Ruchton

راجع جبار صابر، المصدر السابق، ص ١١٠- د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٥٠٩.

^(٦٢١) د. حسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق، ص ٥٩١- وانظر ايضا د. سعدون العامري، تعويض الضرر في

المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص ١٤.

^(٦٢٢) د. حسين عامر، المصدر السابق، ص ٣٣٧- د. سعدون العامري، ص ٣٨.

عليه من هيئة أخرى^(٦٢٣). وقد عمل هذان الشرطان على عدم توسع المجلس في فكرة المخاطر كأساس لمسؤولية الإدارة، وأصبح ذلك بمثابة صمام أمان للإدارة في العمل على عدم تحميل الخزنة العامة باعباء إضافية ناتجة عن قضايا التعويض غير المستندة الى خطأ في جانب الإدارة .

الفرع الثاني-علاقة السببية ومسؤولية المخاطر:

السببية ركن مستقل من اركان المسؤولية، وهي في معناها العام الشامل تعبير الأساس الاول للمسؤولية الانسانية عموماً^(٦٢٤)، فأكثر الدراسات الحديثة حول السببية متعلقة على الوجه الغالب وبصورة واسعة جداً بتحديد مدى المسؤولية بسبب الإهمال الا انه بالرغم من ذلك فان المسائل المتعلقة بالسببية تظهر في كل فرع من فروع القانون- ومنها القانون الاداري^(٦٢٥). والسببية هي اسناد أي امر من امور الحياة الى مصدره^(٦٢٦)، فهي ليست بفكرة قانونية خالصة وانما يتسع نطاقها لكل فرع من فروع العلم، وقد وضعتها الفلسفة في مقدمة المشاكل التي تبحث فيها^(٦٢٧).

والرابطة السببية يمكن استخلاصها من نصوص القانون المدني الفرنسي والمصري والعراقي^(٦٢٨)، كما ان بعض احكام المحاكم اشارت صراحة الى ضرورة تحقق العلاقة السببية بين سلوك الشخص او فعل من يسأل عنهم او فعل شئ تحت حراسته وبين الضرر حتى تقوم المسؤولية .

ومسؤولية المخاطر قد تفهم للوهلة الاولى على انها تستغني عن ركن الخطأ وعن العلاقة السببية بينه وبين الضرر، وتكتفي لاقرار التعويض وجود الضرر فحسب، ولكن الحقيقة غير ذلك، فرابطة السببية بين النشاط (الفعل) الضرر ضرورية لتعويض المضرور ومساءلة الفاعل^(٦٢٩). فالسببية والضرر متلازمان وبانعدام السببية ينعدم في الوقت نفسه الضرر. اما السببية والخطأ فانهما منفصلان ويظهر ذلك بوضوح في حالة الخطأ المفترض، ولكن هذا الاستقلال لا يظهر عندما يكون الخطأ واجب الإثبات، اذ تستتر

(٦٢٣) انظر د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري، قضاء التعويض... المصدر السابق، ص ٢٠٨- ود. محمد فزاد مهنا، المسؤولية

الادارية... المصدر السابق، ص ١٨٦.

(٦٢٤) د. علي راشد، عن الارادة والعدو والخطأ والسببية في نطاق المسؤولية الجنائية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية

والاقتصادية التي تصدرها جامعة عين شمس، العدد الاول، السنة الثامنة، ١٩٦٦، ص ١٩٤ بالاشارة الى ص ٢٧.

(٦٢٥) H.L.A. Hart & A.M. Honore; Causation In The Law, Oxford University-press, Reprinted from corrected sheet of the First edition, 1973, p.79.

(٦٢٦) د. رؤوف عبيد، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٣.

(٦٢٧) د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، العدد الاول، لسنة (٤٣).

القاهرة، ١٩٦٢، ص ٩٢ ص ١١٣ بالاشارة الى ص ٩٠.

(٦٢٨) مثال ذلك المادة ١/٣٨٤ مدي فرنسي-المادة ١٧٨ مدي مصري-المادة ٣/٦٩ مدي عراقي.

(٦٢٩) د. محمود حلمي، المصدر السابق، ص ٢٧٤.

السببية وراء الخطأ ولا يتبين بوضوح انها ركن مستقل^(٦٣٠). ففي حالة مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر فانه يكفي لتعويض الإدارة للمضروب وجود ضرر وان هذا الضرر مرتبط سببياً بنشاط الإدارة . فلا تسأل الإدارة عن الاضرار التي تحدث نتيجة سبب بعيد عنها او غريب عليها كالقوة القاهرة وخطأ المضروب بل تستلزم وجود سببية مباشرة بين الضرر الواقع والنشاط الإداري وتسمى ذلك (بالاسناد المادي) بتعبير آخر^(٦٣١).

فقد يحصل النشاط الضار للإدارة في ظروف تجعل الرابطة بينه وبين الضرر محققة دون مشاركة عوامل أخرى في حصولها فيكون النشاط وحده السبب في الضرر، وقد يلتقي هذا النشاط مع عامل آخر يكون هو المؤثر في وقوع الضرر بحيث يستغرق النشاط الإداري فيكون هو السبب المنتج للضرر^(٦٣٢)، وهنا يصبح من الضروري التصدي للبحث في جوهر السببية وهو تحديد معيارها هذا المعيار الذي يمكن بمقتضاه القول بان الفعل الضار هو الذي ادى الى وقوع الضرر^(٦٣٣).

وقد اقترحت بهذا الصدد معايير عديدة ونظريات كثيرة تقدم حلولاً للمسائل المطروحة وللأشكالات التي تواجه القضاء والفقه بهذا الصدد واهم هذه النظريات -نظرية تعادل الاسباب، ونظرية السببية الملائمة، ونظرية السببية المباشرة ونظرية السبب الاقوى، ونظرية السبب الأخير^(٦٣٤).

فحسب نظرية تعادل الاسباب، تعتبر كافة العوامل التي سبقت حصول الضرر متساوية في حصول هذا الضرر، وقد قدم هذه النظرية الفقيه الالماني Von Bure، وهي تمثل وجهة النظر الفلسفية التي تجعل للاحداث المتسلسلة والسابقة في وقوع الاحداث اسباباً في الضرر الحاصل.

اما نظرية السببية الملائمة فمفادها انه عندما تساهم عدة اسباب في احداث الضرر فيتوجب التمييز بين الاسباب العرضية والاسباب الفعالة بالنسبة للضرر ومن ثم اهمال الاولى والاخذ بالثانية، وقد نادى بهذه النظرية الالماني Von Kries، والسبب الفعال هو الذي يؤدي الى احداث الضرر بحكم السير العادي للأمور، وهذا ما يقترب من وجهة نظر العلوم التطبيقية التي تقوم بقياس مدى مساهمة كل عامل في احداث النتيجة، ولكن

(٦٣٠) د. عبدالرزاق السهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد... المصدر السابق، ص ٨٧٤.

(٦٣١) د. علي راشد، مبادئ القانون الجنائي، الجزء الاول، ط ٢، القاهرة، ١٩٥٠، ص ٥١٧.

(٦٣٢) د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الاشياء، ط ١، منشورات عويدات، باريس، بيروت، ١٩٨٠، ص ١٩٥.

(٦٣٣) د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص ٩٥.

(٦٣٤) للفضيل في هذه النظريات انظر -د. ثروت انيس الاسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي في قانون المقارن، رسالة دكتوراه،

المطبعة العالية، ١٩٦٠، ص ٤٠٩ -د. محمد مصطفى القللي، المسؤولية الجنائية، ط ١، مطبعة جامعة فؤاد الاول، ١٩٤٨،

ص ٣٩ وما بعدها -د. حسن صادق المرفصاوي، شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، مطابع الاهرام التجارية، القاهرة،

١٩٦٩، ١٩٧٠، ص ٨٧ وما بعدها.

وسائل القياس ان كانت في متناول يد القائم بالتجارب في مجال العلوم التطبيقية فانها غير متوافرة بالنسبة للقاضي^(١٣٥).

وعلى العموم فان هاتين النظريتين هما اللتان تعول عليهما القوانين المدنية في نصوصها ومعظم الاحكام الصادرة عن المحاكم .

اما نظرية السبب المباشر فهي التي تعتبر السبب المباشر العلة الفاعلة قاتونا والتي تسبق مباشرة حصول الضرر^(١٣٦).

وعلى العموم فان الملاحظ على التشريعات انها قلما تعنى بوضع معيار للعلاقة السببية في القانون^(١٣٧).

وخلاصة القول ان العلاقة السببية في مسؤولية المخاطر تختلف عن معناها في المسؤولية المبنية على الخطأ فبينما تعني في الثانية ان الضرر هو نتيجة للخطأ، تعني في الاولى ان الضرر هو نتيجة للنشاط او الشئ الخطر، وتمثل العلاقة السببية ركنا مهما من اركان هذه المسؤولية وان كانت تقوم على أساس المخاطر .

ومهما يكن من امر فان نظرية تعادل الاسباب رغم بساطتها، لا يمكن اعمالها الا في حالة قيام المسؤولية على أساس الخطأ^(١٣٨)، اما في حالة مسؤولية المخاطر فلا يمكن الاعتماد على نظرية تعادل الاسباب لانه حسب هذه الفرضية فان مجموعة من الافعال قد ساهمت في احداث الضرر، فاذا ما اخذ بالاعتبار عمل كل القائمين بهذه الافعال، استلزم قيام مسؤوليتهم جميعا، وهذا ما حمل انصار نظرية المخاطر على القيام باختيار العلة الفاعلة حقيقية في احداث النتيجة الضارة من بين اسباب السابقة للضرر وبذا يكونون قد لجأوا الى نظرية السببية الملائمة او المنتجة^(١٣٩).

(١٣٥) علي عبيد عودة، المصدر السابق، ص ١٧٩- د. طلال مهتار، المصدر السابق، ص ٢٥٧ .

(١٣٦) د. طلال مهتار، ص ٢٥٨ .

(١٣٧) د. محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط ١٠، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٣، ص ٢٨٦ .

(١٣٨) يلاحظ على المشرع العراقي وفي نطاق المسؤولية الجنائية، اخذه بنظرية التعادل (تكافؤ) الاسباب بعد ان ضيق شينا من

نطاقها. وذلك في المادة ٢٩ من قانون العقوبات العراقي رقم ٧٢ لسنة ١٩٦٩ (انظر د. علي حسين خلف و سلطان الشاوي،

قانون العقوبات، مطابع الرسالة، الكويت، ١٩٨٢، ص ١٤٥-١٤٧ ايضا د. ماهر عبد الشويش، شرح قانون العقوبات .

القسم الخاص، ١٩٨٨، ص ١٧٠).

(١٣٩) راجع د. طلال عامر المهتار، المصدر السابق، ص ٢٦١ .

-المطلب الرابع-

موقف الفقه من مسؤولية المخاطر:-

على الرغم من ان المسؤولية على أساس المخاطر غدت من ابرز معالم المسؤولية الادارية في فرنسا فقد تفاوت موقف الفقهاء الفرنسيين بصدها وانقسموا بين مؤيدي ومنافعي، وتبعهم في ذلك جانب من الفقه العربي^(٦٤٠)، فسافاتييه يرى في مسؤولية المخاطر التبعة التي تلزم المسؤول بان يعرض عن الاضرار الحاصلة بسبب نشاط يمارس لمنفعته وتحت ادارته وان لم يكن هناك خطأ من جانبه، فالمسؤولية في هذه الحالة يرتبها القانون على الشخص الذي لم يكن قد اخطأ او لم يكن بالامكان اثبات خطأ عليه، فيلزم بالتعويض في مقابل النفع الذي يحصل عليه من نشاطه الذي تسبب في الحاق ضرر بالغير، وهو من المتحمسين لفكرة المخاطر باعتبارها تعكس مبادئ انصاف تتطلبها المجتمع المعاصر فتأتي متجاوبة مع الاخطار المتزايدة التي تواجه الافراد في تلك المجتمعات، وشعور الناس بلزوم التعويض لمن تضرر، ونادى بأن تحل مسؤولية المخاطر محل المسؤولية المبنية على أساس الخطأ، فالأخطار المتزايدة التي تواجه الافراد تتطلب وجود نوع من التأمين المجاني ضد هذه الاخطار، بتعويض المضررين من نشاط تم لصالح الجماعة. فهو يرى ان الضمير الشعبي (موقف الدولة) يجب ان يصدر عن فكرتين أساسيتين الاولى هي ان كل نوع من المخاطر يجب ان يكون له ضامن، وان كل ضرر لابد من وجود مسؤول عنه، والثانية توجب ان يستقر العبء النهائي للتعويض على عاتق الدولة التي لم تستطع ان تدفع عن رعاياها تلك المخاطر^(٦٤١).

كما ويقول سافاتييه بصدد تطبيق نظرية المخاطر على قضايا المسؤولية المدنية من دون تقييد هذه النظرية بفكرة المشروع الخطر او الشئ الخطر "ان المسؤولية على

(٦٤٠) لا بد ان نشر هنا الى موقف الفقه الاسلامي من أساس المسؤولية. فرغم اختلاف المذاهب في الاسلام فانه لا يأخذ بفكرة الخطأ وانما يجعل من عنصر الضرر أساسا للضمان عن الفعل الضار. فسواء كان يحدث الضرر متعمدا او غير متعمد، مميزا او غير مميز، يكون ضامنا لفعله يسأل عن الضرر الذي يحدثه. وقد فرق هذا الفقه في الحكم بين المباشر والمتسبب، فالمباشر (الشخص الذي يسبب فعله مباشرة في احداث الضرر) يكون ضامنا ولو لم يعتمد او يتعدى بينما -- لا يكون التسبب (الشخص الذي يعد فعله سببا في حصول الضرر) ضامنا الا بعمده او تعديه. كما وان القاعدة في هذا الفقه ان المباشر والمتسبب اذا اجتمعا اضيف الحكم الى المباشر وهو الذي يلزم بالضمان. فاذا حفر شخص حفرة في الطريق العام دون اذن ولي الامر وجاء شخص والقى فيها مالا لآخر فالتلف بالضمان على منلقى المال لانه هو المباشر، اما الحافر فيكون متسببا لايضاف اليه الحكم فلا يلزم بالتعويض وهكذا نجد نظرية المخاطر او تحمل التبعة جذورها في مبادئ الشريعة الاسلامية التي تبنت النظرية الموضوعية في المسؤولية منذ اوائل عهدها قبل اكثر من الف سنة فلها قصب السبق على التشريعات الوضعية في هذا المجال (انظر د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٤٩٥-٤٩٧).

(٦٤١) R.Savatier, op.cit, p.274.

مشار اليه في مؤلف د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الاشياء، المصدر السابق، ص ٣٩٠.

أساس الخطر تستند الى عدالة مادية *quilibre materie* - وتتجسم هذه العدالة وتبرز عند غياب الخطأ ووجود الضرر فإذا كان الضرر غير متوقع ولا يمكن دفعه فانه بالتالي يكون نتاجا لحادث غير عادي يخرج عن التقدير الطبيعي للامور وتوقعها، ولا يلزم بتعويض هذا الضرر الا من كان مستفيدا من هذا النشاط في الحادث نفسه^(٦٤٢).

ثم يمضي الفقيه قائلا- على ان هناك فريقا اخر من الفقهاء يأخذون بنظرية تحمل التبعة كأساس للمسؤولية من حيث لا يشعرون، وذلك عندما يتوسعون في مفهوم الخطأ ومن هؤلاء (الاستاذان هنري و ليون مازو والاستاذ بيسون) فهم يصبغون الخطأ بصبغة مادية موضوعية لا علاقة لها بمكونات النفس الانسانية وخفاياها وهكذا يتفقون مع الدعاة الاوائل لفكرة تحمل التبعة حيث ينادون في هذه النظرية بوجود مساءلة الشخص عن نشاطه *Acitiveite* وليس عن خطئه *Faute* ولا يحتفظون من الخطأ الا بالاسم دون الجوهر^(٦٤٣).

ولكن هذا الفقيه رغم تحمسه لفكرة المخاطر كأساس لمسؤولية الإدارة ، فانه يصنفها في مرتبة تأتي بعد فكرة الخطأ في ترتيبه لقواعد المسؤولية حيث يعلن انه اذا كانت مقومات المسؤولية على أساس الخطأ قد تجمعت فانه يجب اقرارها بتقديمها لها على مسؤولية المخاطر، اذ تظل للتبعة الشخصية الاولوية في التطبيق بينما تكون المسؤولية على أساس المخاطر ذات طابع استثنائي لا يلجا اليها الا احتياطا^(٦٤٤).

يتضح من هذا ان سافاتييه حاول ان يجعل من فكرة المخاطر أساسا عاما لمسؤولية الإدارة بدلا من المسؤولية الخطئية ، الا انه لم ينجح في محاولته لتعارضها مع الأوضاع السائدة في المجتمع، مما اضطره للتراجع عن فكرته وتقديمه للمسؤولية الخطئية على مسؤولية المخاطر.

ويؤيد الفقيه *Dues* نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الإدارة و يقول ان نظرية المخاطر التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي وفقا لسياسته القضائية ليست في الحقيقة الا مظهرا لحيطه المجلس وحذره في رقابة اعمال الإدارة اذ ان المسؤولية على أساس الخطأ تتطلب من المجلس الخوض في صميم المسائل الادارية التي تخرص الإدارة الاحتفاظ بها لكي يتسنى له معرفة ما اذا كانت الإدارة قد اخطأت او لم تخطئ. في حين يقتصر المجلس في حالة المسؤولية على أساس المخاطر التأكد من صفة الضرر الاستثنائية ومن نشاط الإدارة في امكانية تضمينها لمخاطر غير عادية^(٦٤٥).

وقد انتقد بانه يفضل نظرية المخاطر على نظرية الخطأ كأساس لمسؤولية الإدارة على أساس ان تطبيق المخاطر يتحقق معه مبدا الفصل بين السلطات، لعدم استلزام فكرة

(٦٤٢) نقلا عن عبدالمجيد. المصدر السابق. ص ٤٧٩.

(٦٤٣) راجع هذا الشأن سافاتييه. المجلة الانتقادية للتشريع. ١٩٣٤. القواعد العامة للمسؤولية- نحو المذهب الاجتماعي للمسؤولية والتبعة الفردية- مشار اليه في مؤلف د. حسن الخطيب. المصدر السابق. ص ١٠٦.

(٦٤٤) نقلا عن د. عاطف النقيب. النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الاشياء. المصدر السابق. ص ٣٩٠.

(٦٤٥) مذكور في مؤلف د. سليمان الطماوي. دروس في القضاء الاداري. المصدر السابق. ص ١١٣.

المخاطر التدخل في صميم اعمال الإدارة بحجة الكشف عن الخطأ، بينما يؤدي تطبيق فكرة الخطأ الى خرق مبدأ الفصل والتجاوز على سلطات الإدارة، وهنا نرد عليه بأن مبدأ الفصل بين السلطات لم يبق له ذلك المفهوم الجامد الذي عرفه النظام الدستوري الفرنسي في بداية عهده، بل خضع لتغيرات عديدة اصبح معها مبدنا مرنا وخصوصا في مجال قضاء التعويض، لذلك فان الاحتجاج بمبدأ الفصل لتفضيل مسؤولية المخاطر على المسؤولية الخطئية لا يستند الى أساس من الصحة والمنطق. كما وان مبادئ الاشتراكية والاقتصاد الموجه التي اخذت بها الكثير من الدول ومنها فرنسا ساندت نظرية المخاطر لأن تكون أساسا لمسؤولية الإدارة. فيموجب هذه المبادئ تنظم الدولة كافة نشاطاتها عن طريق قرارات ادارية والعدول عن بعض هذه القرارات بين حين وآخر وفقا لتغير الظروف مما يعرض المشروعات الخاصة بسبب ذلك الى مخاطر غير عادية يتعين معها تعويضهم وان لم يكن هناك خطأ. يضاف الى ذلك ان النظرية قد اصبحت مبدنا دستوريا بعد ان اقرتها دساتير بعض الدول، فمقدمة دستور سنة ١٩٤٦، في فرنسا تضمنت نصا يقضي بضرورة العمل على مساواة وتضامن الفرنسيين جميعا امام الاعباء الناجمة عن الكوارث القومية^(٦٤٦).

وينتقد الفقيه هوريو Haurio نظرية المخاطر من وجوه عدة بعد ان كان من اشد المدافعين عنها، فهو يرى ان اقرار مجلس الدولة لهذه النظرية جاء متأخرا ولم يكن هناك حاجة للأخذ بها، فهو يلاحظ ان تطور المسؤولية في القضاء الفرنسي بدأ بصفة عامة على أساس فكرة الخطأ ثم ضعفت شيئا فشيئا بتأثير الانتقادات الموجهة اليها والعيوب التي كشف عنها تطبيق النظرية ليحل محلها نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الإدارة التي لاقت نجاحا كبيرا لتلافيتها عيوب المسؤولية على أساس الخطأ عندما يتعذر على المضرور اثبات الخطأ لانها تقيم المسؤولية على ركني الضرر والعلاقة السببية فقط. وحدث بعدئذ ما ادى بنظر هذا الفقيه الى استبعاد نظرية المخاطر حيث تدخل المشرع واقر المسؤولية على أساس المخاطر بنصوص تشريعية، هذا من جهة واستطاع القضاء العادي من جهة اخرى تخطي عيوب المسؤولية على أساس الخطأ باقامة قرائن الخطأ. الامر الذي يجعل الاستقفاء عن نظرية المخاطر ممكنا، ثم يقول ان قضاء مجلس الدولة الفرنسي بتطبيقه لنظرية المخاطر فانه خطأ خطوة الى الوراء وعدم الاعتراف بالتطور الذي اضفاه القضاء على نظرية الخطأ، ومسلكه هذا يعارض مبدأ اقامة مسؤولية الإدارة بغير خطأ، على اعتبار ان ذلك من قبيل الاعتداء على سيادة الدولة^(٦٤٧).

ويمكن الرد على هذا بان السيادة بمفهومها التقليدي او المطلق قد انقرضت من عالم القانون وخصوصا في العصر الحديث بعد تزايد نشاطات الإدارة وتدخلها في معظم المجالات في المجتمع كالأفراد العاديين فضلا عن ان مجلس الدولة الفرنسي لم يجعل هذه النظرية القاعدة العامة في مسؤولية الإدارة، بل اعتبرها استثناء لا يجوز الجوء

(٦٤٦) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري - قضاء التعويض... المصدر السابق، ص ٢٥٣.

(٦٤٧) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٥٢٩ - وايضا د. سليمان الطماوي، ص ٢٤٦.

نيتها الا في الحالات التي تتعارض فيها قواعد المسؤولية الخطئية تعارضا صارخا مع قواعد العدالة التي تقضي بوجود تعويض المضرور بسبب اعمال تؤدي للصالح العام ومن جانب اخر يؤكد هوريو ان المسؤولية على أساس المخاطر في حقيقتها ليست مسؤولية وانما هي تأمين يكمن مصدره في القانون وهذا ما فعله المشرع عندما نص على التعويض صراحة بالنسبة لبعض المسائل. اما اقامة نظرية قضائية دون ذلك فتكون غامضة وغير واضحة المعالم ولا يمكن ارجاعها الى أساس قانوني سليم غير ذلك الأساس الغامض المستمد من قواعد العدالة والمساواة امام الاعباء العامة .

الا ان هوريو لم يستطيع انكار فوائد فكرة المخاطر وحمايتها للأفراد في كثير من الحالات التي لم يرد بشأنها نص قانوني ولم تكن تسعفها فكرة قرائن الخطأ، فحاول ارجاع أساس المسؤولية في تلك الحالات الى أساس قانوني مسلم به وهو فكرة الاتواء بلاسبب المدنية^(٦٤٨).

اذ وجد هذا الفقيه ان مجلس الدولة الفرنسي اصدر احكاما فردية مازال شاردة في القضاء الاداري مرجعا فيها مسؤولية الادارة الى هذه الفكرة، فاراد هوريو ان يقيم عليها نظرية فقهية ولكن لم يحالفه النجاح ولم يجد لها صدى في القضاء الحديث للمجلس والذي أخذ بدوره يوسع من مجال مسؤولية المخاطر^(٦٤٩).

ويرد د. الطماوي على ما اورده هوريو من انتقادات بصدد نظرية المخاطر قائلا "ان الأخذ بنظرية المخاطر لا يمثل كما يقول هوريو -رجوعا الى الوراثة، وانما هو بمثابة تطور بالغ الاهمية الى الامام واذا كانت قرائن الخطأ قد لطفت كثيرا من عيوب المسؤولية التقصيرية، فانها ابعد من ان تواجه جميع الحالات التي يطبق فيها المجلس فكرة المخاطر". واذا كان القضاء العادي في فرنسا قد قصر عن ملاحقة القضاء الاداري في تطوره، فان هذه الحقيقة لاتستمد منها حجة ضد نظرية المخاطر، و القول على الخصوص بأنها نظرية رجعية. هذا ويستدل الطماوي على قوله بمسلك المشرع الفرنسي بسيره في اعقاب القضاء الاداري متبنيا الكثير من حلوله في نصوص تشريعية مما يعني سلامة نهج مجلس الدولة بشأن هذه المسؤولية.

اما فيما يتعلق بنظرية الاثراء بلا سبب التي اقترحها هوريو ليستعويض بها عن فكرة المخاطر، فيرى الدكتور الطماوي انها ابعد من ان تتجنب النقد الذي وجهه هو نفسه لنظرية المخاطر، فهي ليست قائمة على الافكار المدنية المسلمة بها، فأساسها غامض، وان القرينة التي قدمها على مدى التعويض لم يسندها بدليل معقول فضلا عن

(٦٤٨) تقوم فكرة الاتواء بلا سبب المدنية على اركان ثلاثة- افتقار الدائن، اثراء المدين، وعدم وجود سبب قانوني يجز للمدين ذلك الاثراء. ويدفع التعويض وفقا لأقل القيمتين، اي قيمة ما اثرى به المدين وما افقره الدائن، وعادة يكون الاتواء في صورة ايجابية تتمثل في انتقال مال من دمة الى اخرى، سواء كان ذلك بزيادة العناصر ايجابية لذمة المدين او بانقاص العناصر السالبة منها. غير ان هوريو لم يستطيع تطبيق القواعد المدنية على اطلاقها بل قام بتحويلها بحيث تتسجم مع حالة الادارة فأكد على ان الاضرار التي تلحق بالافراد نتيجة الاشغال العامة او نشاط الادارة الخطر لاتؤدي الى اثراء الادارة وفقا لمعناه المعروف

ولكن تؤدي الى تحقيق الانفاق الأقل -انظر د. ابراهيم ابو الليل و محمد اللفي، المصدر السابق، ص ٣٠٧.
(٦٤٩) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري -قضاء التعويض... المصدر السابق، ص ٢٤٩.

انها اوسع من نظرية المخاطر لو طبقت على اطلاقها، لان فكرة (الاتفاق الاقل) التي جاء بها هوريو لا تشمل الاضرار التي تصيب املاك الافراد ولكنها تنصرف الى جميع اوجه النشاط الاداري، اذا ما الحق بالافراد ضررا. وان العيب الرئيسي على حد قوله يكمن في ان هوريو نفسه لم يرفض نظرية المخاطر بل اجاز بقاءها كأساس استثنائي الى جانب فكرة الخطأ بل و اضاف الى ذلك فكرة ثالثة وهي فكرة الاثراء بلا سبب الادارية^(١٥٠).

ويرفض د. الشافعي^(١٥١) لنظرية المخاطر ان تكون أساسا لمسؤولية الإدارة فهو يرى ان المسؤولية لا تقوم الا على أساس الخطأ، وانها بغير هذا الأساس تفقد سببها القانوني لان المسؤولية هي التزام نهائي بتعويض الاضرار، وسبب هذا الالتزام هو الخطأ او (الفعل غير المشروع)، فالقول بوجود مسؤولية بغير خطأ معناه وجود التزام بغير سبب، وهذا الالتزام يكون باطلا لا وجود له ولا كيان. وان كل الحالات التي قيل فيها بالمسؤولية على أساس المخاطر او غيرها لا تتعدى كونها حالات اعفاء من اثبات ركن الخطأ، وستان بين وجود الخطأ ومن يتحمل عبء هذا اثبات وبين الاعفاء من اثبات تماما، اما بخصوص ما ذهب اليه الفقهاء بوجود مسؤولية بدون خطأ، ففي اعتقاده ان ذلك ناتج عن الخلط بين مسألتين مختلفتين، هما حالة وجود الخطأ كركن في المسؤولية وأساس لها وسبب للالتزام ومسألة اثبات هذا الخطأ ومن يتحمل عبء هذا اثبات حتى اذا ما تقرر الاعفاء من اثبات ازداد الخلط وتحقق الوهم في ان الخطأ غير قائم وان المسؤولية قامت بدونه.

ويضيف قائلا بان التحليل الفني القانوني للحالات التي قضى فيها مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض على أساس المسؤولية بغير خطأ يثبت ان المسؤولية قد قامت على أساس الخطأ، وان كل ما حدث هو انه تم اعفاء المضرور من اثبات الخطأ، ويوجد ان أساس المسؤولية في الحالات التي نص عليها التشريع والقائمة على ركني الضرر والعلاقة السببية هو الخطأ ايضا وكل ما جرى ان المشرع قد اقام قرينة قانونية قاطعة على ثبوت هذا الخطأ، فاعفى المضرور من اثباته وهذا ما يوحي للعيان ان المسؤولية وكأنها قائمة على ركنين فقط ومن ثم فانه خلص الى ان المسؤولية على أساس الخطأ هي القاعدة العامة واستثناء قد يرى القضاء والمشرع ان في القاء عبء الخطأ على المضرور يعد امرا عسيرا ينشأ عنه هضم حقه لعجزه عن اثبات الخطأ. ومن هنا فيتدخلان ليعقبا قرينة قانونية او قضائية على الخطأ. وبما ان هذه الحالات هي استثناء من الاصل العام فلا يجوز تطبيقها الا حيث استقر عليه القضاء او نص عليها المشرع .

الا اننا لا نتفق مع هذا الرأي على اطلاقه رغم انه وبمفهومه المحدد في نطاق المسؤولية المقامة على أساس الخطأ صحيح، الا ان هذه الفكرة للمسؤولية لا تغطي جميع حالات المسؤولية اذ لا يمكن في الكثير من الحالات معرفة الشخص المسؤول رغم وجود الخطأ، ثم اذا ما وجدنا المخطئ وقد كان شخصا معنويا، فانه في هذه الحالة لا يتفق مع صاحب هذا الرأي الذي يرى بعدم امكان صدور الخطأ ممن لا يملك الادراك او

(١٥٠) المصدر نفسه، ص ١١٢

(١٥١) د. محمد الشافعي ابو راس. المصدر السابق، ص ٣٦٨ ص ٣٦٩.

التمييز^(٦٥٢)، لذلك لا يمكن ان تسلم به على اطلاقه لانه يغلق الباب امامنا في وضع الحلول في حالات قيام المسؤولية بدون خطأ؛ لذا فان الواقع الحقيقي يتطلب منا البحث عن أساس آخر للمسؤولية وهذا الأساس هو الضرر وان فكرة المخاطر ليست الا صورة او وجهها من وجوه المسؤولية المقامة على فكرة الضرر، لذا فان الاصرار للبقاء على هذا الرأي يعني وقف عملية التطور ومن ثم عدم محاولة الاتيان بافكار اخرى يمكن ان تكون أساسا للمسؤولية .

ويعارض الأستاذ كاريه دي ملبرج نظرية المخاطر، فهو يعيب على هذه النظرية من الناحية الدستورية اذ يأخذ على فقهاء القانون العام انهم لا يقيمون كبير وزن للاعتبارات الدستورية عند مناقشتهم لموضوع المسؤولية، كما لو كان القانون الاداري مستقلا كاملا عن القانون الدستوري . وهم بذلك يتناسون ان القانون الاداري لا يمكنه السير الا في فلك القانون الدستوري لان الثاني يقدم لـلأول رؤوس المواضيع التي يدرسها. ومن ثم فانه لا يسلم بتأسيس مسؤولية الإدارة على نظريات غامضة وغير محددة كالمخاطر او الأثرء بلا سبب، وينكر ذلك على الفقهاء ايضا الا من اراد منهم انكار سيادة الدولة، لان هذه الأفكار في نظره تعادي مبدأ سيادة الدولة وتقلب المبادئ التي تقوم عليها رأسا على عقب^(٦٥٣).

والملاحظ على هذا القول انه يقترب كثيرا في مفهومه لما اورده الفقيه هوريو من مأخذ على نظرية المخاطر وفيما تعلق منها بمبدأ السيادة فكما سبق القول ان سيادة الدولة لم تنق بمفهومها التقليدي فتغيرت النظرة اليها بحيث امكن المساس بها بدليل ان كثيراً من الدول سيما دول اوربا الغربية منها قد جاءت بتنظيمات اخرى لمعالجة المساس بحقوق الانسان التي تقيم المسؤولية بتحقيقه فنجد الهيئات التي شكلتها هذه الدول ومن بينها المحاكم التي بإمكانها اصدار القرارات التي تلزم الدولة باحترام القانون عندما تصدر منها افعال تمس حقوق الانسان لذا فان فكرة السيادة قد تطورت ولم تظل كما كانت في السابق بل أصبح نطاقها ضيقا^(٦٥٤).

وقد ذهب عدد من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه Waline الى ان أساس المسؤولية في القانون العام هو فكرة المساواة امام الاعباء العامة، اذ كثيراً ما تقع اضرار للأفراد بسبب نشاط اداري يوصف بأنه مشروع وان الصالح العام هو الذي حتم على الإدارة القيام به، فيكون الوضع هنا ان الإدارة قامت بنشاط حققت به الصالح العام وترتب عليه في الوقت نفسه اضرار لبعض الافراد، اي ان هؤلاء هم وحدهم قد تحملوا اعباء هذا النشاط، فيهتز مبدأ المساواة امام الاعباء العامة بسببه، لأن مقتضى هذا المبدأ ان تتحمل الجماعة كلها الاعباء العامة، فإذا تحملها قسم من الافراد دون غيرهم اختل المبدأ، مما يتوجب على الإدارة، اعادة هذه المساواة بتعويض معادل^(٦٥٥) ويرى الفقيه دي لوبلاير

(٦٥٢) راجع في هذا القول ص. ٣٢٥ من مؤلفه السابق.

(٦٥٣) اقبس رأي من مؤلف د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري- قضاء التعويض... المصدر السابق، ص. ٢٤٦

(٦٥٤) انظر بهذا الشأن، د. محمد سعيد مجذوب، المصدر السابق، ص. ١٠٢.

(٦٥٥) Walin, Droit administratif, traite, Sirey, l'ed., P.867 et suite .

De laubadere ان مبدأ المساواة امام الاعباء العامة هو أساس مسؤولية الإدارة. فيذكر ان مسؤولية الإدارة تقوم بسبب اداء المرافق العامة خدماتها للأفراد الذين يستفيدون منها وإذا حصل وان ترتب عن نشاطات تلك المرافق ضرر لأحد الافراد، فالعدل يقتضي تحميل مجموع الافراد عبء التعويض، ويقول بانه يوجد الى جانب نظام المسؤولية بدون خطأ (على أساس المساواة امام الاعباء العامة) نظام آخر للمسؤولية يقوم على أساس الخطأ، وتبرير ذلك يكمن في اسباب عملية متعلقة بالجانب المالي للإدارة والمتمثلة في العمل على عدم ارهاق الخزنة العامة باعباء اضافية للتعويضات وبالتالي تحديد نطاق المسؤولية بدون خطأ وقصرها على حالات معينة، اما فيما عداها فيلزم ارتكاب الإدارة للخطأ حتى تثبت مسؤوليتها وهنا تؤكد نظرية المخاطر بأنها لا تزال رغم تطورها غير ثابتة وغير مستقرة بل متممة للنظرية الأساسية (نظرية الخطأ) وانها تشترط في تطبيقها على بعض الأوجه من نشاطات الإدارة شروطا استثنائية في الضرر لا تتوافر الا في بعض حالات المسؤولية، مما يخفف عن الإدارة عبء التعويض عن الاضرار الملقة على عاتقها وفق هذه النظرية^(١٥٦).

وينتقد الاستاذ Le Fevre نظرية المخاطر مقرر ان مبدأ المساواة امام الاعباء العامة هو اسمى من مبدأ المخاطر لأن الاول هو مبدأ دستوري معروف له اصوله ومعاملته. اما الثاني فهو مبدأ غريب على القانون العام، يضاف اليه ان مدلول المخاطر في مجال مسؤولية الإدارة يعني الموازنة بين الأرباح والاعباء، والقاعدة -من وجهة نظره- ان الدولة لا تجني ارباحا ولا تسعى الا الى تحقيق المصلحة العامة فينهار بذلك احد طرفي المعادلة^(١٥٧).

كما وينتقد Chapus^(١٥٨) بشدة مبدأ المساواة امام الاعباء العامة كأساس للمسؤولية، فهو يرى ان المبدأ الذي نصت عليه المادة ١٣ من لائحة اعلان حقوق الانسان كان الغرض منه ادانة عدم المساواة في توزيع الاعباء الضريبية والسخرات بين الافراد للمصلحة العامة، وانه اذا اريد اعتبار مبدأ المساواة أساسا للمسؤولية فانه يلزم تغيير معناه الحقيقي كليا، فهذا المبدأ لا ينبثق من المبدأ المنصوص عليه في اعلان حقوق الانسان لأختلاف موضوع البحث في الحالتين اختلافا أساسيا لا مجال للربط بينهما، كما ان مؤدى الأخذ به كأساس للمسؤولية يستلزم بالضرورة تعويض كل ما يصيب الغير نتيجة لقيام المرافق العامة بمزاولة نشاطاتها للمنفعة العامة والتي تعبر اخلاا بمبدأ المساواة امام الاعباء العامة وهذا ما لا يمكن التسليم به وانه لا يحدث في الواقع العملي، اذ لا يكفي بالاخلال بهذه المساواة لقبول فكرة التعويض عن الاضرار التي تصيب المواطنين لأن هذا الاخلال ليس الا شرطا لدفع التعويض وليس أساسا له،

مشار اليه في مؤلف د. محمود حلمي، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٢٦٦.

^(١٥٦) Andere de laubadere, op. cit, P.712-713.No.1240-1241.

^(١٥٧) Le Fevre, Legalite devant les charges publiques en droit administratif, these, Paris, 1948. P.19et suiv. ٣٥٨. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٣٥٨.

^(١٥٨) Rene Chapus, op. cit. P.342. No.338.

والمتمتع حالياً في القوانين الوضعية ان هذا الشرط لا يكتفى به لدفع التعويض وانما تشترط بشأته شروط أخرى حتى يثبت الحق في التعويض، والقاضي لا يعبأ بمسألة خصوصية الضرر او جسامته ما لم يقترن بهذه الشروط عملاً بمبدأ المساواة امام التكاليف العامة .

ويرى شابي انه في مجال المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن الاشياء لا يمكن اعتبار الاضرار التي تصيب الافراد من قبيل الاعباء العامة، مع انه توجد هناك حالات يعد فيها الضرر من قبيل الاعباء العامة والذي يكفي وقوع الضرر ليرتب عليه الحق في التعويض، ومن ذلك حالة عدم تنفيذ احكام القضاء باستخدام القوة العسكرية لمقتضيات يبررها الصالح العام، وحالة المسؤولية عن القوانين والمسؤولية عن الاضرار التي تصيب الافراد بسبب القيام بالأشغال العامة، ففي كل هذه الحالات يرى انها لا تمثل حالات حقيقية للمسؤولية المدنية لان الضرر فيها كان متوقفاً كما و ان النشاط الضار كان مشروعاً، ويخلص شابي من كل هذا الى ضرورة استبعاد مبدأ المساواة امام الاعباء العامة من نطاق مسؤولية الإدارة، اذا ان الفقه لم يلجأ اليه الا لغرض توحيد اسس المسؤولية في القانون العام و في القانون الخاص على حد سواء وليربطهما بمبدأ أساسي من مبادئ القانون العام الذي يجعل امر استقلال قواعد المسؤولية المدنية عن قواعد المسؤولية الادارية ممكنًا^(١٥٩).

وذهب فقهاء آخرون الى اعتبار كل من نظرية المساواة امام الاعباء العامة ونظرية المخاطر أساساً لمسؤولية الإدارة دون خطأ، ولكن انصب الخلاف فيما بينهم على كيفية توزيع حالات المسؤولية فيما بين الأساسيين، فيرى الفقيه vedel ان حالات مسؤولية الإدارة دون خطأ، كانت تقوم في الماضي على أساس نظرية المخاطر، اما الحالات الحديثة لها فتقوم على أساس نظرية المساواة امام الاعباء العامة ثم يستوضح ذلك ويقول ان هذا التقسيم ليس تقسيماً جامداً، وانه يمكن قيام الحالات الحديثة للمسؤولية على أساس المخاطر^(١٦٠).

اما الاستاذ Delvolve فيرى ان أساس مسؤولية الإدارة يعتمد على موضوع المسؤولية ذاته وليس على معيار زمني، ويقول ان المسؤولية عن القوانين والاجراءات الادارية المشروعة تقوم على أساس فكرة المساواة امام الاعباء العامة، اما الاضرار الناشئة عن المنشآت الخطرة والاسلحة النارية فتقوم المسؤولية فيها على أساس فكرة المخاطر^(١٦١).

(١٥٩) Rene Chapus, op.cit.P.343.No.338.

(١٦٠) Vedel:Droit administratif,1926.p.271et suiv.

نقلا عن د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٣٥٨

(١٦١) Delvolve(pierre):Le principe de galité devant,les charge publiques these,Paris, 1966.

راجع هذا الصدد د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الاشياء، المصدر السابق، ص ٣٩٠- د. محمد شافعي، ص ٣٥٨.

كما ينتقد البعض من الفقه العراقي فكرة المخاطر لكونها مطلقة من جانب وضيقاً من جانب آخر، فهي تطلق العنان لقيام المسؤولية دون تحديد، وهذا يؤدي الى نتائج تضر بالصالح العام اذ يتسبب عنها قعود الكثيرين واحجامهم عن ممارسة النشاط الصناعي والاقتصادي تحسباً لوقوعهم في المسؤولية، كما تؤدي الى تحقق مسؤولية كل شخص يترتب عن تصرفه ضرر، وان كان تصرفه جائزاً قانوناً فتشكل بذلك قيوداً على حقوق وحريات الافراد، اما كون هذه النظرية ضيقة الافق فلاها تحصر المسؤولية بحالة الغرم بالغرم أي تحصر المسؤولية بالشخص الذي يستفيد من نشاط غيره فيتحمل الغرم عن ذلك^(١٦٢).

اما الفقيه Jossierand فقد فرق بين المسؤولية المدنية المبنية على الخطأ وفقاً للمادة ١٣٨٢ مدني فرنسي، المتعلقة بالمسؤولية عن الاعمال الشخصية، حيث جعل الخطأ أساساً لها، وبين المسؤولية الناشئة عن فعل الاشياء طبقاً للمواد (١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦) فأسسها على فكرة المخاطر او تحمل التبعة وحدها وهو يرى ان لكل من الخطأ وتحمل التبعة ميدانه الخاص فيعتبر كل منهما مبدءاً عاماً في أساس المسؤولية^(١٦٣).

ومما تقدم يمكننا القول بان مسؤولية الادارة ترتكز على فكرتين، فكرة الخطأ التي تعد الأساس العام لهذه المسؤولية، وفكرة المخاطر التي تعتبر أساساً مكملًا واستثنائيًا لمسؤولية الادارة، اذ انه من غير الصائب تحديد أساس المسؤولية باحدى الفكرتين دون الاخرى او اعتبار ان النظريتين تتنافسان في سبيل تأسيس المسؤولية على الافضل منهما.

والملاحظ ان فكرة المخاطر كأساس تبرز بصورة رئيسية في حالات مسؤولية الادارة عن اشياء، ومسؤوليتها عن نشاطاتها المشروعة والخطرة، فهي تعتبر المجال الخصب لتطبيق فكرة المخاطر لذا فان حلول احدى الفكرتين محل الاخرى والاكتفاء بها لوحدها أساساً للمسؤولية يكون صعباً ان لم يكن مستحيلاً، للدور الذي تقدمه كل من الفكرتين في مجال مسؤولية الادارة ويتجلى ذلك بوضوح في الاحكام الصادرة عن جهتي القضاء العادي والاداري والتي تشير فيها صراحة او ضمناً الى هاتين الفكرتين. وفيما يتعلق بفكرة المساواة امام الاعباء العامة، فنعتقد ان هذا المبدأ الدستوري قائم وراء كل من نوعي المسؤولية الخطئية او المخاطر لان التعويض في ذاته يستهدف اعادة توازن اختل بسبب الضرر الذي اصاب الضحية لذا فان مبدأ المساواة امام الاعباء العامة هو الأساس البعيد لكل حالات مسؤولية الادارة.

(١٦٢) فخري رشيد منها، أساس المسؤولية ومسؤولية عدم التمييز الضمنية، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٧٤، ص ١٩١-

(١٦٣) Jossierand "louis" cours de droit civil positif francias, tome 2ème. 1933.N.418, 488.

-المبحث الثاني-

تطبيقات نظرية المخاطر في القانون المقارن

تناولنا في المبحث الاول من هذا الفصل تعريف نظرية المخاطر باعتبارها أساسا لمسؤولية الإدارة وفيه تطرقنا الى مفهوم هذه النظرية كاحدى صور المسؤولية الموضوعية، والعوامل التي ادت الى ظهور هذه النظرية وشروطها ومن ثم موقف الفقه من هذه النظرية واتماما للفائدة يربط الناحية النظرية بالجانب التطبيقي، سنعرض موقف التشريع والقضاء في القانون المقارن ازاء هذه النظرية ونتناوله في ثلاثة مطالب، تخصص المطلب الاول للتشريع والقضاء الفرنسيين، نتطرق في المطلب الثاني للتشريع والقضاء المصريين، اما التشريع والقضاء العراقيان فنستعرضهما في المطلب الثالث والاخير من هذا المبحث.

-المطلب الاول-

التشريع والقضاء الفرنسيان:-

اذا كانت قواعد المسؤولية على أساس المخاطر من صنع مجلس الدولة الفرنسي كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية على أساس الخطأ، فان هذا لم يمنع المشرع من التدخل وقرار حالات تكون فيها المسؤولية مبنية على أساس المخاطر، لذا فان فكرة المخاطر ترجع في بعض حالاتها الى قضاء مجلس الدولة الفرنسي وفي حالات اخرى الى نصوص تشريعية^(٦٦٤). ومن المعلوم ان التقنين الفرنسي قد اقام فكرة المسؤولية التقصيرية والعقدية عموما على أساس الخطأ بنوعيه الثابت والمفترض دون ان يقيم وزنا لنظرية المخاطر^(٦٦٥)، فكان امرا طبيعيا ان يستقر القضاء العادي هناك على ان لاسؤولية بغير خطأ، ولا سيما انه مقيد بنصوص القانوني المدني^(٦٦٦).

ومع هذا فان القضاء العادي الفرنسي قد اصدر احكاما توجي بفكرة المخاطر، من ذلك حكم محكمة (شامبري) عام ١٩٠٥ الذي جاء فيه ان المسؤولية التي قررتها/١٣٨٤/١ مدني فرنسي ليست مرتبطة بفكرة الخطأ وانما مرتبطة بالفكرة المادية للضرر... فالشخص الذي يحوز شيئا وينتفع منه يكون ملزما وفقا لمنطق الاشياء بتحمل الاعباء و الاضرار المتعلقة بهذا الانتفاع. والملاحظ على هذا الحكم انه اخذ بفكرة الغرم بالغرم الصورة المقيدة للمسؤولية الموضوعية لانه قصر المسؤولية عن الاشياء بحالة الانتفاع منها.

(٦٦٤) د. محسن خليل. القضاء الإداري اللبناني. المصدر السابق، ص ٦١١.

(٦٦٥) د. محسن اليه. المصدر السابق، ص ٤٧.

(٦٦٦) د. شافعي ابو راس. المصدر السابق، ص ٣٥٩.

واشارت محكمة (لكتور) في حكمها الصادر عام ١٩٢٥ بصراحة الى فكرة المخاطر المستحدثة بنصه "كل من خلق حالة واقعية نشأ عنها مخاطر او اضرار يعتبر مسؤولاً عن تعويض من كان ضحية هذه المخاطر والاضرار"^(٦٦٧)، وقضت محكمة (ديكون) في حكم لها عام ١٩٦٤ بتعويض الاشخاص الذين يتقدمون للتبرع بالدم على أساس عنصر الضرر وحده دون الاعتداد بالخطأ^(٦٦٨).

غير ان هذه الاحكام لا يمكن الاستناد اليها للقول بأن القضاء العادي الفرنسي قد اخذ بفكرة المخاطر أساساً للمسؤولية لقلتها مقارنة بالأعداد الهائلة لاحكامه المستندة فيـه الى فكرة الخطأ فضلاً عن ان هذه الاحكام صادرة عن محاكم بدرجة أولى او المحاكم الابتدائية ولم يصدر أي حكم من هذا القبيل عن محكمة النقض الفرنسية. لذا يمكننا القول بان هذه الاحكام القليلة جاءت استثناء من القاعدة العامة في المسؤولية التي تعند بفكرة الخطأ أساساً للمسؤولية^(٦٦٩).

وقد صدرت قوانين أخرى فرعية في فرنسا اسندت فيها المسؤولية الى نظرية المخاطر، منها القانون الصادر عام ١٨١٠ الذي ألت المادة (١٥) منه المسؤولية على ملتزم المنجم عن الاضرار الذي تصيب اصحاب الارض المجاورة بغض النظر عن وجود الخطأ او عدمه، وقانون ٩ نيسان عام ١٨٩٨ المتعلق بحالات اصابات عمال المصانع الحكومية اثناء العمل وقد حل محله قانون ٣٠ تشرين الاول ١٩٤٦، كذلك قانون ٣٠ ايلول ١٩٤٨ الخاص بتعويض الموظفين الذين يصابون اثناء العمل، وقانون ١٦ نيسان ١٩١٤ المتعلق بمسؤولية الدولة والبلديات عن الاضرار الناتجة عن الثورات والهياج الشعبي. وقانون ١٧ نيسان ١٩١٩ و٢٨ تشرين الاول ١٩٤٦ المتعلقان بتعويض الاضرار التي خلفتها الحربان العالميتان^(٦٧٠).

وايضاً القانون الصادر في ٣١ مايس ١٩٢٤ الذي اخذ بفكرة المخاطر بصورة صريحة عندما ألت المسؤولية على كل من يستغل عمليات (النقل الجوي) عن الاضرار التي تصيب الاشخاص او الاشياء، وقد عدل هذا القانون باتفاقيات دولية متعددة وقوانين محلية. كما ان القانون الصادر عام ١٩٦٥ قد جعل مستقل المنشآت النووية او السفن التي تسير بالطاقة النووية مسؤولاً عما تحدثه من الاضرار دون الاعتداد بعنصر الخطأ، مع ان القانون قد وضع سقفاً أعلى لمقدار التعويض^(٦٧١).

اما مجلس الدولة الفرنسي فقد أقر بالمسؤولية بدون خطأ او على أساس المخاطر، ومما ساعده على ذلك كونه قضاءاً انشائياً غير مقيد بقواعد القانون

(٦٦٧) انظر بصدد هذه الاحكام د. حسن الذنون، المسؤولية المدنية... مقاله السابق، ص ٤٥.

(٦٦٨) مشار اليه في رسالة همزة خسرو عثمان، المرجع السابق، ص ٩٥.

(٦٦٩) انظر في تأيد هذا القول، د. حسن علي الذنون، المسؤولية المدنية... بحثه السابق، ص ٤٦.

(٦٧٠) راجع د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري - قضاء التعويض... المصدر السابق، ص ٢١٣.

(٦٧١) د. حسن الذنون، المسؤولية المدنية... بحثه السابق، ص ٥٢.

المدني. وقد وصف قضاؤه في هذا الشأن بأنه قضاء تحكيمي *imperique* ^(١٧٢). ولأن المجلس لايفصل في احكامه عن الواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي الذي يحيط به ^(١٧٣).

ويمكن اجمال الحالات التي اقر فيها المجلس المسؤولية على أساس المخاطر بما يلي:-

اولا-مسؤولية الإدارة عن مخاطر المهنة. *Risques Professionnels.*

تعتبر مخاطر المهنة او اصابات العمل ووجوب قيام الإدارة بالتعويض عنها على أساس الضرر في مقدمة أحكام المجلس بشأن المسؤولية الشنيئة. وذلك قبل ان يتدخل المشرع ويصدر قانون سنة ١٨٩٨ لحماية العمال من مخاطر العمل.

وقد اقر المجلس هذا النوع من المسؤولية لأول مرة في حكمه الصادر ١٨٩٥ في قضية *comes* والتي تتلخص وقائعها في ان السيد كام العامل بترساة تارب اصيب في يده اليسرى اثناء قيامه بطرق قطعة من الحديد بمطرقة اوتوماتيكية مما ادى الى عجزه عن العمل، فلما تقدم بطلب التعويض لم يتمكن من اثبات اي خطأ في جانب الإدارة او اي عيب في تركيب الآلة، ومع ذلك فقد قضى له بصحة الطلب في التعويض، فقرر وزير الحربية الفرنسية منح هذا العامل تعويضا قدره ٢٠٠٠ فرنك، ولكن السيد كام رفع دعوى امام مجلس الدولة مطالبا بمبلغ اكبر، دفعت الإدارة بعدم احقية المدعي بذلك لانه لا أساس لمسؤولية الإدارة، اذ لاخطأ من جانبها، وازافت الى ان المبلغ الذي دفعته للمدعي لايتعدى عن كونه احسانا ولايستند الى أساس من القانون ^(١٧٤).

وقد علق مفوض الحكومة (روميو) على ذلك بانه في ظل القواعد التقليدية للمسؤولية لا يمكن اجابة المدعي على طلبه اذ لم يثبت أي خطأ من جانب الإدارة، ولكن الواجب يقتضي هنا استبعاد قواعد المسؤولية التقليدية وعدم الانسحاق وراء مبادئ القانون المدني عملا بالمبدأ الذي اقره حكم بلاكو الذي مؤداه ان مسؤولية المرافق العامة تخضع لقواعد موضوعية مستقلة ومغايرة لقواعد القانون الخاص. ومن ثم قدم مذكرته قائلا فيها "اننا نرى انه ما لم يوجد نص تشريعي مضاد، فان العدالة تقتضي ان تكون الدولة مسؤولة قبل العامل المصاب عن المخاطر التي خلقتها له مشاركته في تسيير المرفق العام" وقد اخذ المجلس بما جاء في مطالعة مفوض الحكومة واقر صراحة هذه المسؤولية.

يتضح لنا من هذا الحكم ان مجلس الدولة الفرنسي قد اقر مبدأ المسؤولية على أساس مخاطر المهنة قبل ان يقرها القضاء العادي في مجال المسؤولية عن الاشياء. ولأهمية هذه الفكرة وضرورتها نجد ان المشرع الفرنسي قد تبناها صراحة في قانون

^(١٧٢) د.عبدالحمن نورجان الايوبي، المصدر السابق، ص ١٦٢.

^(١٧٣) Andre de laubere, op.cit.p.711.No.1240

^(١٧٤) راجع بهذا الصدد، د. الشافعي، المصدر السابق، ص ٣٥٩ ص ٣٦٠ - د. ماجد راغب الحلوم، المصدر السابق، ص ٥٢٠ -

د. محمد فزاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص ٤١٥

اصابات العمل لسنة ١٨٩٨ أي بعد ثلاث سنوات من ابتداء المجلس لهذا النوع من المسؤولية. وكذلك طبق القضاء العادي الفرنسي فكرة مخاطر المهنة لأول مرة منذ حكمه الصادر في ٢٣ كانون الاول ١٩٥٦ في قضية د.جيري الذي سنأتي الى بيان وقائعها لاحقاً. كما وطبق المجلس هذا المبدأ ليس فقط على الموظفين وحسب وإنما على الأفراد الذين يتعاونون مع الموظفين مختارين او مجبرين -في خدمة المرافق العامة أيضاً^(٦٧٥).

ثانياً-مسؤولية الإدارة عن الفصل المشروع لموظفيها .

من المقرر ان للإدارة حق تنظيم المرافق العامة ضماناً لحسن سيرها فإذا مارسته بهذا الصدد مستهدفة تحقيق الصالح العام فإن عملها يكون مشروعاً لايشوبه عيب. وقد تلجأ في سبيل ذلك الى الغاء بعض الوظائف مما يقتضي فصل موظفيها شاغلي هذه الوظائف، أي ان قرارات فصل الموظفين في هذه الحالة تكون مشروعة لا تنطوي على خطأ، فلا يكون للموظف المفصول في هذه الظروف مطالبة الإدارة بالتعويض على أساس الخطأ، وإنما على أساس المخاطر، لأن امر فصله بصورة مفاجئة مع عدم صدور أي خطأ منه يبرر فصله يكون بمثابة ضرر استثنائي توجب العدالة تعويضه^(٦٧٦).

وقرر مجلس الدولة مسؤولية الإدارة عن الفصل المشروع للموظفين، لأن الوضع العادي للأمور هو استقرار الموظف في وظيفته. ومن أوائل احكامه في هذا الصدد، حكمه الصادر في ١١ كانون الاول ١٩٠٣ في قضية Villenave الذي قضى فيها بالتعويض عن الفصل المفاجئ للموظف نتيجة الغاء الوظيفة، وبأن هذا الحكم بمثابة مبدأ في مجال مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر^(٦٧٧).

وقد حاول بعض الفقهاء تأسيس المسؤولية في هذه الحالة على فكرة أخرى غير المخاطر، فاقترح بعضهم فكرة العقد، ولكن هذه الفكرة لا تستقيم لتبرير مسؤولية الإدارة لكون العلاقة بين الموظف والإدارة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح وليست علاقة تعاقدية. وارجع آخرون هذا الأساس الى فكرة الاتراء بلا سبب، ولكن هذه الفكرة بعيدة أيضاً من ان تشكل أساساً لمسؤولية الإدارة، لأن الكسب الذي تحققه الإدارة نتيجة فصل موظفيها لا يمكن ان تنطبق عليه احكام الاتراء بلا سبب المدنية^(٦٧٨).

(٦٧٥) راجع هذا الشأن حكم مع في ٥ اذار ١٩٤٢ في قضية chavat. منشور من مجموعة سيري. ١٩٤٣. القسم الثالث، ص ٤٠. ويتعلق الحكم بحالة احد الافراد اجبرته ادارة على اطفاء احدى الحرائق. فاصيب بجراح دون خطأ من الإدارة. فحكم المجلس بالتعويض من غير الاستناد الى نص معين. -د. سليمان الطماوي. دروس من القضاء الإداري. المصدر السابق. ص ٩٥-٩٦.

(٦٧٦) د. ماجد راغب الحلو. المصدر السابق. ص ٥٢٠.

(٦٧٧) د. محمد الشافعي. المصدر السابق. ص ٣٦١.

(٦٧٨) راجع هذا الشأن-الفقيه دويز. مطولة في القانون الإداري، طبعة ١٩٦٢، ص ٧٦-والفقيه روسو. دروسه التي القاها على

طلبة دبلوم القانون العام في جامعة باريس ١٩٤٢-١٩٤٨، ص ١٨٢-والشار اليهما في مؤلف د. سليمان الطماوي. القضاء

الإداري -قضاء التعويض. المصدر السابق. ص ٢٢٠.

و نعتقد ان هذه الفكرة تنطبق فقط على علاقات القانون الخاص الذي يهدف كل طرف فيها تحقيق المنفعة الشخصية، فإذا أثرى احدهم على حساب افتقار الآخر و بدون سبب يرر الاثراء لزمه التعويض، بينما في حالة فصل الإدارة للموظف، و ان انعدمت اسباب خاصة وأتية لهذا الفصل، الا ان هناك سببا عاما يجيز هذا الاجراء باستمرار و هو العمل على ضمان سير أعمال الإدارة، لذلك لا مناص و الحالة هذه تأسيس مسؤولية الإدارة على أساس فكرة المخاطر.

إذا كان المجلس قد اقر التعويض عن قرارات فصل الموظفين المشروعة، غير انهم يجعل هذه القرارات محلا لدعوى الالغاء طالما كان القرار سليما من كل اوجهه عم المشروعية^(٦٧٩).

و اننا نحذب هذا الاتجاه الذي تبناه المجلس بصدد قرارات فصل الموظفين لأن اتجاه المجلس هذا ينسجم تمام الانسجام مع مايقضي به مبدأ التضامن الاجتماعي. و بالنظر لسلمة هذا الاتجاه فان المشرع الفرنسي اقره في نصوص تشريعية اصدرها بهذا العدد، ومنها قانون ١٢ احريران ١٩٢٩ الذي كان يعوض عن الفصل المشروع للموظفين^(٦٨٠). و ايضا قانون ١٩ اكتوبر للتعويض عن فصل الموظفين بغير طريق التيب^(٦٨١).

ثالثا: - مسؤولية الإدارة عن الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية.

قاعدة انه اذا اصدر القضاء حكما لصالح احد الافراد مذيل بالصيغة التنفيذية، فمن حقان يلجأ الى الإدارة لتنفيذ هذا الحكم، و ان من واجب الإدارة ان تضع كل امكاناتها في بيل التنفيذ، فإذا امتنعت الإدارة عن التنفيذ، او وضعت العرافيل في طريق تنفيذها، ارتكب بذلك خطئا يستوجب مسؤوليتها. غير انه في بعض الظروف يتعذر تنفيذ هذه الاحكام لأعتبارات اكثر اهمية تتعلق بالصالح العام و في مثل هذه الظروف لا ترتكب الإدارة خطئا بعدم تنفيذها لها لان من شأن التنفيذ ان يهدد الامن العام فلا تكون الإدارة مسؤولة ازاء الافراد وفقا لنظرية الخطأ.

ون مجلس الدولة لم يتقيد بهذا الاصل و قرر انه اذا كان ثمة ظروف تمنع الإدارة من تنفيذ الاحكام القضائية للحيلولة دون اضطراب الظروف الامنية، الا ان ذلك لا يعفيها من المسؤولية في تعويض المضرور صاحب الحكم عما يصيبه من ضرر نتيجة عدم التنفيذ^(٦٨٢).

(٦٧٩)

د. تحليل القضاء الاداري اللبناني. المصدر السابق. ص ٦١٢. و ما اشار اليه من احكام بهذا الصدد.

(٦٨٠)

د. تحليل عثمان اللامركزية و نظام مجالس المديرية في مصر. دراسة مقارنة. ط ٢. شركة فن للطباعة. ١٩٤٥.

ص ٥١.

(٦٨١)

د. ماتب. المصدر السابق. ص ٥٢١.

(٦٨٢)

انظر د. حلمي المصدر السابق. ص ٢٧٠. د. محمد راجح. ص ٥٢٣.

و اعلن المجلس مبدأ مسؤولية الإدارة عند عدم تنفيذ الاحكام منذ صدور حكمها في قضية كويتياس Couiteas سنة ١٩٢٣، و التي تتلخص وقائعها في ان السيد كويتياس قد استصدر حكما من مجلس الدولة بملكيته لمساحة كبيرة من الاراضي في تونس، و لما ذهب لوضع يده على الارض فوجئ بأن قبيلة عربية قد استقرت عليها منذ فترة. فلجأ الى الإدارة لتنفيذ الحكم القضائي، فرفضت الإدارة التنفيذ لأنها قدرت ان استخدام القوة لتنفيذ هذا الحكم يؤدي الى اضطرابات عنيفة من جانب القاطنين في هذه الارض. مما يصعب معه السيطرة على الامن و النظام. فتقدم كويتياس الى مجلس الدولة مطالباً الإدارة بالتعويض عن الاضرار الناتجة عن حالة الامتناع. فقرر المجلس مسؤولية الإدارة رغم اعترافه بأنها لم ترتكب خطأ بامتناعها عن تنفيذ الحكم القضائي في ظروف هذه الدعوى لأن عليها الامتناع عن استخدام القوة اذا ما رأت في ذلك اخلافاً بالنظام كما و ان المجلس منح التعويض بالرغم من عدم وجود الخطأ على أساس العدالة المجردة التي تمنع من ان يضحي بالفرد لصالح المجموع اذا كان توزيع الاعباء العامة على الجميع ممكناً، فيكون المحكوم له صاحب الارض محقاً في طلب التعويض.^(١٨٢)

من الملاحظ هنا ان مجلس الدولة الفرنسي قد اقام مسؤولية الإدارة في هذا الحكم على مبدأ المساواة امام الاعباء العامة و لم يستند الى فكرة المخاطر .

على أي حال فان المبدأ الذي اقره حكم كويتياس لم يستقر في مجال القضاء الا بعد ما يقارب خمسة عشرة سنة ، بل ان العميد هوريو -و هو من المناهضين لفكرة المخاطر- كان يريد منذ البداية قصر تطبيق هذا المبدأ على البلاد و الاقاليم الخاضعة للحماية الفرنسية و اخضاع قضاياها لقضاء الظروف الاستثنائية. لكن المجلس عمم هذا المبدأ في فرنسا و طبقه على قضايا اخرى كثيرة فيها.^(١٨٣)

يتبين مما تقدم ان مجلس الدولة يأبى ان يضحي بالفرد لصالح المجموع، و ذلك بمنحه التعويض للمضرور من تلك الحالة، و هذا بعد ذاته يعد تطوراً هاماً في قضاء المجلس في مجال المسؤولية فيحمد عليه. كما و ان هذا المبدأ الاداري لا مقابل له في مجال القانون الخاص لعدم امتلاك الافراد السلطة التي تتمتع بها الإدارة، ففي هذه الجزئية تختلف قواعد المسؤولية الادارية عن قواعد المسؤولية المدنية.

رابعاً :- مسؤولية الدولة عن القوانين.

كان المبدأ المستقر في السابق هو عدم مسؤولية الدولة عن اعمالها التشريعية، فلم يكن للأفراد حق مقاضاة الدولة عن الاضرار المترتبة عن القوانين، لأن المشرع يجب ان تكون له الكلمة العليا في تنظيم المجتمع وما يجره ذلك من اصدار قواعد عامة ملزمة يجب العمل بها و ان ترتبت عنها اضرار لبعض الافراد، وكان الفقه يفسر هذا المبدأ في ان القوانين من اعمال السيادة، ومن خصائصها انها تلزم الجميع بضرورة

(١٨٢) د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري - قضاء التعويض...، مصدر سابق، ص ٢٤٩.

(١٨٣) و من أهم هذه الاحكام حكم المجلس في قضية شركة اوراق - سان شارل سنة ١٩٣٨ - انظر في تفصيل هذه القضية

مؤلف د. محمد الشافعي ابو راس، المصدر السابق، ص ٣٦٣.

احترامها، ولا تقوم المسؤولية عنها وان لحقت بسببها اضرار بالأفراد^(٦٨٤). اما القضاء فإنه لم يكن يملك في تلك الفترة منح التعويض عن الاضرار التي تنتج عن التشريعات مالم يكن المشرع نفسه يجيز ذلك في نص قانوني محدد، لأن واجب القضاء تطبيق القانون واحترام ارادة المشرع بخصوص منح التعويض او منعه^(٦٨٥)، وقد استقر قضاء مجلس الدولة في هذا الصدد على ان سكوت المشرع عن تقرير التعويض يعتبر قرينة على عدم مسؤولية الدولة^(٦٨٦).

ومع اوائل هذا القرن بدأ مجلس الدولة الفرنسي وتبعاً لتطور مسؤولية الإدارة يقور مبدأ المسؤولية عن القوانين وكان حكم Le fleurette سنة ١٩٣٨ ، باكورة احكامه في هذا الصدد، وتتخلص وقائع هذه القضية في ان شركة منتجات الالبان لا فلوريت كانت تنتج نوعاً من الكريمة من مزج زيوت نباتية وصفار البيض فصدر قانون يحرم صنع هذه الكريمة الا من اللبن الخالص فاضطرت الشركة الى وقف انتاجها لما لحقها من خسائر كبيرة، فرفعت دعوى مطالبة فيها بالتعويض عن الاضرار ، ف قضى المجلس بالتعويض مقررًا انه " حيث ان المنع الذي اتى به القانون في سبيل مصلحة صناعة الالبان قد اضطر الشركة الى وقف انتاج كريمة (لاكراديين) والتي لم يثبت انها تمثل اي خطر على الصحة العامة، وانه مامن نص في القانون ولا في الاعمال التحضيرية تسمح بالتفكير في ان المشرع اراد ان يثقل كاهل الشركة بتحميلها عبناً لا يجب ان تتحمله عادة ، وهذا العبء نشأ في سبيل تحقيق المصلحة العامة فمن الواجب ان تتحمله الجماعة"^(٦٨٧).

ومما يجدر ذكره هنا ان هذه المبادئ تحكم حالة الضرور التي لا تربطه بالدولة رابطة تعاقدية، اما عند وجود عقد ، وتأثر بالتشريع الجديد ، فتقرر مسؤولية الدولة في هذه الحالة وفقاً لنظرية (فعل الأمير)^(٦٨٨).

يتضح لنا مما تقدم ان مجلس الدولة الفرنسي لا يتقيد بالنصوص التشريعية عند حكمه بالتعويض وانما يلجأ في ذلك الى الاعمال التحضيرية ، وما يحيط بالقضية من ظروف، كما وان مجلس الدولة الفرنسي في اقرار هذا المبدأ قد تأثر برأي العميد ديكي الذي ميز بين نوعين من التشريعات، تشريعات تحرم نشاطاً او صناعة ضارة بالمجتمع حماية للنظام العام، فلا تكون الدولة مسؤولة عن الاضرار المترتبة على هذه

(٦٨٤) د. ماجد راغب المصدر السابق ، ص ٤٥٨.

(٦٨٥) د. عبدالرحمن نورجان ، المصدر السابق، ص ١٦٣.

(٦٨٦) د. سليمان الطماوي، دروس في القضاء المصري، المصدر السابق، ص ٢١.

(٦٨٧) اقبس الحكم من مؤلف د. محمود حلمي، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٢٦٩.

(٦٨٨) وهو كل اجراء مشروع تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة أعباء المالية للمصاقد مع الإدارة. والمستقر في

قضاء المجلس أنه يعوض وفقاً لنظرية فعل الأمير تحقيقاً للتوازن المالي في العقد استناداً لنصوص العقد أو ظروفه - أنظر د. محمود

خلف الجبوري، العقود الإدارية، ١٩٨٩، ص ١٩٣ - ايضاً د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ٦٧٤ -

د. حسين عثمان، المصدر السابق، ص ١٦٨.

التشريعات، في حين تقوم مسؤوليتها عن التشريعات التي تمنع نشاطا او صناعة غير ضارة بالمجتمع قياسا على مسؤولية الدولة عن نزع الملكية للمنفعة العامة^(٦٨٩).

ومن جانب آخر فان هذا النوع من المسؤولية ينفرد بها النظام القانوني الفرنسي ولا مقابل له في مصر و العراق سواء في مجال القضاء او التشريع، وهذا يمثل نقضا في نظام المسؤولية في هذه الدول ومن هنا تتضح أهمية المسؤولية الادارية وفقا لقواعدها، وهذا يمثل جانبا من جوانب اختلاف قواعد المسؤولية الادارية عن قواعد المسؤولية المدنية .

خامسا - مسؤولية الإدارة عن الأشغال العامة (الانشاءات العامة) .

الأشغال العامة هي تجهيز العقارات ماديا لخدمة مرفق عام او لحساب شخص من أشخاص القانون العام لتحقيق منفعة عامة^(٦٩٠). اما الانشاء العام فيعرفه بعض الفقهاء بأنه كل شئ يعد بناؤه أو صيانته من قبيل الأشغال العامة ، فالمصطلحان مترابطان ببعضهما ارتباطا وثيقا، فالأشغال العامة هي عملية بناء أو صيانة، والانشاء العام نتيجة ذلك البناء او الهدف من تلك الصيانة^(٦٩١).

وجرى قضاء مجلس الدولة على تقرير مسؤولية الإدارة عن الاضرار التي تصيب اموال الأفراد بسبب الأشغال العامة، الا انه اشترط ان يكون الضرر محققا و استثنائيا و مستمرا وان يجاوز اضرار الجوار العادية في جسامتها. اما اذا كانت الاضرار الناجمة عن الأشغال العامة تندرج في نطاق مخاطر الجوار العادية فان مجلس الدولة لا يعوض المضرور الا على أساس الخطأ^(٦٩٢).

وينبه الاستاذ Waline الى ضرورة التمييز بين المسؤولية الناشئة عن الانشاءات العامة ذاتها ويعتبرها مسؤولية عن فعل الشئ و المسؤولية الناشئة عن اخطاء الانسان كعيب في البناء او خطأ في الصيانة ، فالمسؤولية الاولى تكون أساسها المخاطر، بينما يكون الخطأ أساس المسؤولية في الحالة الثانية. كما وان الأشخاص الذين تكون الإدارة مسؤولة ازاءهم وفق نظرية المخاطر عن الاضرار الناتجة عن الانشاءات العامة ، يجب الا يكونوا من المنتفعين مباشرة من الانشاء العام، والا لزمه اثبات الخطأ في جانب الإدارة، فاذا كان المصاب من المنتفعين بأحدى الطرق العامة وجب عليه اثبات عيب في الصيانة او في الانشاء العام، اذا كانت اصابته ناتجة عن سقوط احدى الاشجار التي تعتبر من ملحقات الطريق العام، أي أن مسؤولية الإدارة تقوم على أساس الخطأ. ولكن اذا ما اصاب بحادث تكهرب نتيجة لسقوط سلك التيار

(٦٨٩) اشير الى هذا الرأي في مؤلف د محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٣١٢.

(٦٩٠) د. ماجد راغب اخلو راغب اخلو، المصدر السابق، ص ٥٢١.

(٦٩١) من أهم الأمثلة الأشغال الشاقة (الانشاءات العامة) الحصون والقلاع والمستشفيات والمدارس والطرق، انظر د. ابراهيم طه

الفياض، محاولة لتحديد معالم الاساس القانوني... المصدر السابق، ص ٤٨.

(٦٩٢) د. سليمان الطماوي، دروس في القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٩٨.

الكهربائي وهو ليس من ملحقات الطريق العام ، فلا يكون المنتفع (المصائب) ملزماً بأثبات أي خطأ، وفي هذه الحالة تكون مسؤولية الإدارة قائمة على أساس المخاطر^(٦٩٣).

وقد أقر مجلس الدولة اللبناني الاتجاه الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي بصدد هذه المسؤولية، وذلك عندما قال " وحيث ان المستأنف عليها قد تعرض ملكها للاضرار بسبب وجود الملك الى جانب الطريق العام مؤدياً لأتھيار حائطها، وحيث ان مسؤولية الإدارة تقوم في هذه الحالة على أساس المخاطر وليس على أساس الخطأ الإداري، اذ ان الحادث لم ينشأ عن استعمال الطريق العام بل عن الجوار"^(٦٩٤).

ويلاحظ ان مسلك مجلس الدولة الفرنسي في تقرير مسؤولية الإدارة عن الاشغال العامة دون البحث عن وجود الخطأ او عدم وجوده بجانب الإدارة ، يرجع الى ميل المجلس ورغبته في تعويض المضرور من هذا النشاط من دون ان يمد رقابته الى صميم اعمال الإدارة حتى لا يوضع عراقيل أمام سير نشاطات المرافق العامة، وهذا المسلك لمجلس الدولة ينسجم بلا شك مع قواعد العدالة ومع متطلبات سير أعمال الإدارة بانتظام .

سادسا - مسؤولية الإدارة عن الاضرار الناتجة عن نشاط الإدارة الخطر .

يقصد بذلك الضرر الذي ينتج عن تعريض الأفراد لخطر استثنائي غير عادي بفعل السلطة الإدارية^(٦٩٥). ومثلها حالة الاضرار الناشئة عن المتفجرات ومخازن الذخيرة، والاضرار المتولدة عن استعمال الاشياء الخطيرة - كالأسلحة المستعملة من قبل رجال الامن، وحوادث السيارات العائدة للإدارة، وتقوم المسؤولية في كل هذه الحالات على أساس المخاطر.

أ - المسؤولية عن المفرقات و المتفجرات الحربية - وفي هذا المجال أقام قضاء مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية الإدارة على أساس مخاطر الجوار غير العادية، بعد ان كان يشير الى هذا الأساس فقط بالنسبة للاضرار الناتجة عن الاشغال العامة، وهذه الخطوة تعد تطورا جديدا في مسلك مجلس الدولة بشأن المسؤولية على أساس المخاطر، فليس من الضروري ان تكون الاشغال العامة السبب في اصابة الأفراد بضرر استثنائي، وانما يكفي أن يكون نشاط الإدارة في ذاته خطرا يعرض الأفراد الى مخاطر غير عادية^(٦٩٦).

(٦٩٣) د. ابراهيم طه الفياض. ص ٤٩-٥٠.

(٦٩٤) رقم القرار ٩٢٩ في ١٤-١١-١٩٦٢. رقم الدعوى ٥٣٩-٥٩ مجموعة الإدارية. السنة الرابعة. ص ١٤٢-مشار اليه في مؤلف د. محسن خليل. القضاء الإداري اللبناني. المصدر السابق

(٦٩٥) أنظر د. محسن خليل. القضاء الإداري اللبناني. المصدر السابق. ص ٦١٦- د. عبدالرحمن نورجان. المصدر السابق.

ص ١٦٣.

(٦٩٦) راجع د. سليمان الطماوي. القضاء الإداري- قضاء التعويض... المصدر السابق. ص ٢٣١- د. محمد الشافعي. المصدر

السابق. ص ٣٦٠.

وقد اقام المجلس المسؤولية على أساس مخاطر الجوار *Risque de Voisinge* لأول مرة منذ حكمه الصادر سنة ١٩١٩ في قضية *Regnault Desrzier* ، اذ قرر فيه مسؤولية وزارة الدفاع الفرنسية عن انفجار هائل وقع في قلعة عسكرية ضواحي باريس، وكانت تضم كميات كبيرة من القنابل و المتفجرات، فتسبب الحادث في خسائر مادية كبيرة، فرفعت عدة دعاوي للتعويض من قبل الضحايا و المتضررين ضد السلطات العسكرية، فقدم مفوض الحكومة *Corneille* تقريره الى مجلس الدولة مقترحاً فيه قبول هذه الدعاوي على أساس أن السلطات العسكرية المختصة قد ارتكبت الخطأ في عدم تنظيمها للمرفق بشكل يضمن سلامة الافراد، ولكن المجلس لم يأخذ بهذا الاقتراح، وقضى بمسؤولية الإدارة بتعويض الاضرار على أساس مخاطر الجوار^(٦٩٧).

وقد تبنى المشرع الفرنسي كذلك ما اقره حكم مجلس الدولة هذا عندما أصدر قانون ٣ مايو ١٩٢١ وحدد نطاق تطبيقه بالادارات التابعة لوزارة الدفاع^(٦٩٨)، واعمل المجلس هذا المبدأ أيضاً في حالة الاضرار التي يسببها نزلاء بعض مؤسسات التقويم (السجن المفتوح) من السرقات و الجرائم لسكان المنازل المجاورة لهذه المؤسسة^(٦٩٩).

ومن هذا يتبين أن مجلس الدولة الفرنسي حاول الابتعاد عن الأساس التقليدي و اعتماد الأساس الحديث (مخاطر الجوار) فيما يتعلق بنشاط إدارة الخطر ، وما يستلزمه تطبيق نظرية مخاطر الجوار من ضرورة تجاوز معوقات تثيرها هذه النظرية بهدف ايصال التعويض الى ضحايا هذه الحالات من المسؤولية بأضمن الطرق و ايسرها، ومما يبرهن على صحة الاتجاه الجديد للمجلس هو تدخل المشرع وتبنيه للمبدأ الذي تضمنه حكم (رينو ديروزي) السابق ذكره في نصوص قانونية. وبذلك فإن مسلك مجلس الدولة بصدد هذه المسؤولية اكثر اتفاقا مع مبادئ العدالة من قواعد المسؤولية المدنية.

ب - المسؤولية عن استعمال أشياء خطيرة .

يعد هذا النوع من المسؤولية التطور الهام الذي أحدثه مجلس الدولة الفرنسي، وتركز ذلك في مجال استعمال الإدارة لالات خطيرة من السيارات و الاسلحة النارية، ويؤكد جانب من الفقه الفرنسي أن أساس ارتباط مفهوم الأشياء الخطيرة بالمسؤولية غير المشروطة بوقوع خطأ من جانب الحارس يكمن في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بخصوص حوادث السيارات. ومع ذلك فإن كلا من مجلس الدولة و المحاكم العادية لم يعبرا عن فكرة المخاطر في مجال الأشياء بطريقة مماثلة، او بأسلوب واحد، فبينما يقرر القضاء العادي " ان استعمال كل شئ خطر أو وجوده يحتم تطبيق نظام خاص للمسؤولية "^(٧٠٠). يذهب مجلس الدولة الفرنسي في مسلكه بوضع حل لكل حالة على حدة، دون الاعتماد بنظام خاص او ان يستقر على مبدأ محدد ليستند اليه في

(٦٩٧) د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد آزاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص ٤١٦.

(٦٩٨) ماجد راغب، المصدر السابق، ص ١٠٣.

(٦٩٩) المصدر السابق، ص ٥٢٣.

(٧٠٠) د. محمود حلمي، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٢٦٨.

اصدار احكامه على ان مدلول الاشياء الخطرة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي يتحدد عن طريق وضع قائمة Liste بالاشياء التي تعد خطرة في منظور مجلس الدولة^(٧٠١)، فبدأ مجلس الدولة يقرر ابتداء من عام ١٩٢٤ بمسؤولية الإدارة عن الاضرار التي تسببها السيارات العائدة لها من دون ان يلزم المصاب بأثبات خطأ في جانب الإدارة، وذلك لأن خطئها مفترض وقد طبق المجلس هذا المبدأ في حالة اصابة السيارات للأفراد المشاة، اما في حالة تصادمها مع مركبة اخرى، فان مسؤوليتها كانت تخضع للقواعد العامة في الإثبات^(٧٠٢).

وفي تطور لاحق فان المجلس قد تبني أساسا آخر لهذه المسؤولية منذ سنة ١٩٤٦، عندما أكد ان الإدارة لا تستطيع ان تنفي مسؤوليتها عن الاضرار الناتجة عن السيارات العائدة لها الا بأثبات القوة القاهرة او خطأ المصاب، اي انها تتحمل الضرر الناتج عن الحادث الفجائي، وبالتأكيد فان هذا من مميزات المسؤولية على أساس المخاطر^(٧٠٣).

ولكن لم يستمر هذا القضاء المتطور لمجلس الدولة بسبب صدور قانون ٣١ كانون الثاني ١٩٥٧ الذي جعل اختصاص النظر بقضايا المسؤولية عن حوادث السيارات لجهة القضاء العادي.

كما وقرر المجلس مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر في حالة قيام رجال الشرطة باستخدام الاسلحة النارية وذلك في حكمين له صدرا عام ١٩٤٩ في قضيتي Lecomteet Daramy وتتلخص وقائع هاتين القضيتين في ان السيد لوكونت و السيدة دارامي قد أصيبا بطلقات رجال الشرطة أثناء مطاردتهم للمجرمين. وقد كان المستقر قبل صدور هذا الحكم ان الإدارة لا تسأل عن الاضرار الناجمة عن استخدام مرفق الشرطة للأسلحة النارية الا اذا كان الخطأ جسيما في جانب رجال الشرطة، ولكن باقتراح المفوض Borbet على المجلس بتطبيق نظرية المخاطر بسبب ازدياد ضحايا نشاط مرفق البوليس لما يستخدمونه من أسلحة حديثة، فضلا عن فعالية هذا المرفق، وان اشتراط ثبوت الخطأ الجسيم بجانب مرفق الشرطة امر صعب للمضروور مع وجود قواعد تقوم على فكرة المخاطر الاجتماعية تصلح للاستعانة بها للتطبيق في هذه الحالات وقد اخذ المجلس بهذا الاقتراح و اقام هذه المسؤولية على أساس المخاطر^(٧٠٤).

يتبين من ذلك ان مجلس الدولة لا يتردد في الأخذ بنظرية المخاطر في كل حالة تتطلب قواعد العدالة و الضرورات الاجتماعية الأخذ بها، وهذه السرعة في التطور مع

(٧٠١) د. ابراهيم طه الفياض، محاولة في تحديد معالم... المصدر السابق، ص ٥٢.

(٧٠٢) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري - قضاء التعويض، المصدر السابق، ص ٥٣٧.

(٧٠٣) وما يجدر ذكره أن المجلس قد عمل القواعد العامة في الأثبات بخصوص الحوادث التي تتجم عنها اصابة الافراد الذين ينقلون مجاناً في سيارات حكومية، أي أن أساس المسؤولية في هذه الحالة يكون الخطأ واجب الأثبات تجاه الإدارة - راجع

د. محمد ليب شنب، المسؤولية عن الأشياء - المصدر السابق، ص ١٦٩ - ١٧٠.

(٧٠٤) أنظر د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري - قضاء التعويض...، ص ٢٣٩ - د. ابراهيم طه الفياض، محاولة في تحديد معالم

الأساس... المصدر السابق، ص ٦٠.

الأحداث تفتقد اليها قواعد المسؤولية المدنية، بالنظر لأن قواعد القانون المدني ثابتة نسبياً بينما قواعد القانون الإداري في تطور مستمر، ولهذا السبب فإن القانون الإداري لا يمكن تقيينه تقيناً كاملاً أي ليست هناك مجموعة واحدة تضم مختلف مواضيعه ونظرياته العامة وإنما توجد تشريعات متعددة تتضمن عدداً من هذه المواضيع، بخلاف القانون المدني^(٧٠٥).

-المطلب الثاني-

التشريع المصري و قضاؤه:-

تقوم المسؤولية في مصر في القانونين المدني والإداري - كأصل عام - على أساس الخطأ، فبالنسبة للقانون المدني يلاحظ أنه لا يعترف بالمسؤولية التي تقوم على أساس المخاطر^(٧٠٦)، فلم تشر لائحة ترتيب المحاكم الوطنية لعام ١٨٨٣ إلى مسؤولية المخاطر بل أقامها على أساس الخطأ فقط، فالمادة ١٥١ من هذا القانون نصت على أن "كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر، وكذلك يلزم الإنسان بتعويض ضرر الغير الناشئ عن إهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عدم ملاحظته إياهم". فرغم عدم ورود لفظ الخطأ في نص هذه المادة كأساس للمسؤولية، إلا أنه لم يكن محلاً للخلاف لدى الفقه والاجتهاد المصريين في كون الخطأ أساس هذه المسؤولية وأرجعه إلى المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي التي أخذت عنها تلك المادة^(٧٠٧).

واعتنق القانون المدني الجديد رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨ مبدأ المسؤولية على أساس الخطأ أيضاً^(٧٠٨). ويتأكد هذا من خلال ما تضمنته المذكرة الإيضاحية لهذا القانون "المشروع قنع بتطبيق المسؤولية على أساس الخطأ المفروض في نطاق الأحكام الخاصة بالمسؤولية عن عمل الغير، والمسؤولية الناجمة عن الأشياء أما المسؤولية على أساس تبعية المخاطر المستحدثة فلا توجد بشأنها سوى تشريعات خاصة تناولت تنظيم مسائل بلغت من النضوج ما يؤهلها لهذا الضرب من التنظيم"^(٧٠٩). وإذا كانت المسؤولية على أساس المخاطر غير مقررة في مصر كقاعدة عامة ولو في نطاق ضيق، فإنه توجد مع ذلك حالات استثنائية تقررت فيها مسؤولية الإدارة بدون خطأ، في نصوص تشريعية جاءت في القانون المدني، منها :-

(٧٠٥) راجع بهذا الصدد، د. عبد الغني بسيوني، المصدر السابق، ص ٣٢-د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق، ص ٢٢.

(٧٠٦) د. محمد فؤاد مهن، المسؤولية الإدارية...، المصدر السابق، ص ٢٠٥-٢٠٦.

(٧٠٧) د. حسين عامر وعبد الرحيم، المصدر السابق، ص ١٢٤.

(٧٠٨) يقول الدكتور السهوري بهذا الصدد "إن التقين الجديد لم يأخذ بنظرية تحمل البعثة" ويقول في موضوع آخر "جعل

التقين الجديد المسؤولية عن الأعمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الأنثبات، أما المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية

الناشئة عن الأشياء فأقامها على أساس خطأ مفترض"-أنظر د. ظلال عامر المهتار، المصدر السابق، ص ٢١٥.

(٧٠٩) د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٣٦٥.

أ - حالة مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع المنصوص عليها في المادة ١٧٤ مدني مصري، اذ اختلفت الاراء الفقهية وتباينت احكام المحاكم حول أساس مسؤولية المتبوع عن اخطاء تابعه، وكانت فكرة تحمل التبعية احدى الأسس التي طرحت في هذا المجال^(٧١٠)، ولكن لايمكننا اعتبار مسؤولية المتبوع من قبيل المسؤولية على أساس المخاطر، طالما كان وقوع الخطأ من التابع شرطاً لقيام مسؤولية المتبوع من جهة، ولأن التابع لايلزم بسداد التعويض الذي يدفعه المتبوع عنه بالكامل الا اذا كان الضرر نتيجة خطئه هو وحده، اما اذا أشترك خطأ كل منهما في احداث الضرر، فانهما يتضامنان في دفع التعويض، وهذا يعني ان المسؤول الحقيقي في المسؤولية التبعية هو الشخص الذي وقع منه الخطأ، من جهة أخرى^(٧١١).

ب - وحالة مسؤولية عديم التمييز الوارد في م ٢/١٦٤ من القانون المدني المصري التي تنص على انه " ...ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه او تعذر الحصول على التعويض من المسؤول جاز للقاضي ان يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم " . فهذه المسؤولية وكما تظهر من النص احتياطية وجوازية للقاضي في الحكم بها ، وبما ان عديم التمييز لايمكن ان ينسب اليه الخطأ لعدم توافر عنصر الادراك فيه ، لذلك فان مسؤوليته في هذه الحالة تكون قائمة على أساس المخاطر^(٧١٢) ، الا ان هذه المادة لايمكنها ان تحكم مسؤولية الادارة لان طبيعة الادارة كشخص معنوي عام يتعارض مع فكرة التمييز التي تقتصر على الاشخاص الطبيعية فقط.

ج-المسؤولية في حالة الضرورة المنصوص عليها في المادة ١٦٨مدني بقولها "من سبب ضررا للغير لبتفادي ضررا اكبر محدقا به او بغيره لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي يقدره القاضي"^(٧١٣).

والملاحظ ان المشرع لايعتبر سلوك محدث الضرر في حالات الضرورة خطئا، ومع ذلك يلقي عليه المسؤولية تأسيسا على فكرة المخاطر او تحمل التبعية^(٧١٤).

وتبنى المشرع المصري فكرة المخاطر كأساس للمسؤولية في قوانين خاصة صدرت بهذا الشأن منها قانون اصابات العمل رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦، وقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الذي حل محله، و الذي يقضي بحق العامل في الحصول على التعويض من رب العمل عن اصابته اثناء العمل. وكذلك قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بشأن التعويض عن امراض المهنة، ثم صدر قانون العمل المصري رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٥٨

(٧١٠) راجع ص ١٤٠-١٤٤ من هذا الكتاب.

(٧١١) د محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الادارية، المصدر السابق، ص ٢٠٩.

(٧١٢) د طلال عامر المهتار، المصدر السابق، ص ٢٦٥-٢٦٦.

(٧١٣) د حسن عامر وعبدالرحيم عامر، المصدر السابق، ص ١٢٥.

(٧١٤) د محمد فؤاد، المسؤولية الادارية... المصدر السابق، ص ٢١٠.

الذي الغى القوانين الثلاثة السابقة. وتولى تنظيم مسؤولية رب العمل عن اصابات العمل وعن أمراض المهنة، و المسؤولية عن التأمين الالزامي لهذه المسؤولية .

ومع انتهاج مصر النظام الاشتراكي، وما فرضه ذلك من تغيير الأسس الاقتصادية والاجتماعية في الدولة، صدر قانون ٩٢ لسنة ١٩٥٩ وادخل نظام التأمينات الاجتماعية لأول مرة الى مصر، ثم الغي بصدر قانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ ، وغطى ثلاثة أنواع من المخاطر وهي اصابات العمل، و الأمراض المهنية ، والاصابات الواقعة بالعمال في طريق الذهاب والاياب من العمل^(٧١٥).

ولكن هذه التطورات لم تقتصر في مجال القانون الخاص، وإنما شملت أيضا مجال القانون العام، فأخذ المشرع المصري بفكرة المخاطر عندما اصدر تشريعات بشأن التعويض عن اضرار الحرب، لان الاضرار التي تصيب الافراد بسبب الحرب تعتبر ناشئة عن القوة القاهرة ، التي بدورها تنفي الخطأ وتعفي من المسؤولية، فأصدر قانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التعويض عن التلف الذي يصيب المباني و المصانع بسبب الحرب، وقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بتعويض طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب. وقانون رقم ٢٨٦ لسنة ١٩٥٦ بتعويض أسرى وشهداء الحرب .

كما صدر قانون رقم ٨١ لسنة ١٩٥٢ بخصوص فصل الموظفين بغير طريق التأديبي. و صدر أخيرا قانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٤ بشأن اعتبار اصابة المنتفعين من التأمينات الاجتماعية بسبب اعتداءات عسكرية، اصابات عمل^(٧١٦).

يستخلص مما تقدم ان القانون المدني المصري لا يعرف المسؤولية على أساس المخاطر في نصوصه وإنما يقيم المسؤولية في كل حالاتها على أساس الخطأ الثابت او المفترض .

لكن المشرع قد شعر بقصور فكرة الخطأ عن مواجهة حالات المسؤولية المستجدة و المتزايدة، فبنى فكرة المخاطر عند اصداره لقوانين خاصة للمسؤولية. وهذا يعني انه أخذ بفكرة المخاطر استثناءاً الى جانب فكرة الخطأ في المسؤولية، سالكا مسلك المشرع الفرنسي السابق ذكره، و يعتقد الدكتور الطماوي ان القواعد المدنية في وضعها الراهن وعلى اطلاقها في مصر لم تعد تصلح للادارة كما كان يعتقد في السابق، وان نظرية المخاطر - كما رسمها قضاء مجلس الدولة الفرنسي - اخف وطأة، لان المجلس لا يعوض على أساسها الا اذا توافرت شروطها في نشاط الادارة وفي الضرر الذي ينال الافراد. اما في قرائن الخطأ فلا يشترط شئ في ذلك فهو يقول انه من العسير ان نجد حالة تسأل فيها الادارة في فرنسا على أساس المخاطر، ولا يمكن مساءلتها عنها في مصر، فيما عدا حالة الاضرار الناتجة عن الاشغال العامة، اذ لم يكن بالامكان نسبة الخطأ فيها الى

^(٧١٥) أنظر د. حسن الذنون، المسؤولية المدنية، بحثه السابق، ص ٥٢-٥٣- د. محمود حلمي، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٢٧٣.

^(٧١٦) راجع د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري - قضاء التعويض... المصدر السابق، ص ٣٦٤ - طلال عامر، المصدر السابق، ص ٢٦٦.

الإدارة، وإن لا يكون الضرر راجعا الى آلات ميكانيكية أستهملتها الإدارة في القيام بتلك الاشغال. أما فيما عدا هذه الحالة فإن إقامة المسؤولية على أساس الخطأ المفترض في القانون المصري يكون امرا ممكنا ويمضي الى القول بأن المسؤولية في القانون المدني الجديد بالرغم من استنادها الى فكرة الخطأ المفترض، تقوم في حقيقتها على أساس المخاطر، إذ أن قرآن الخطأ التي اخذ بها هذا القانون قد خففت الوضع بالنسبة للأفراد وخصوصا في مجال المسؤولية عن الاشياء التي تتطلب عناية خاصة في الحراسة، او لى حيوانات او بناء يكون تحت امرة الإدارة^(٧١٧).

ومع ذلك فإن هذا الرأي لا يمكن تأييده على إطلاقه لأنه لا يصح اعتبار المسؤولية المستندة الى فكرة الخطأ المفترض قائمة على أساس فكرة المخاطر في حقيقتها لوجود اختلافات أساسية بينهما، فالمسؤولية القائمة على أساس الخطأ المفترض تبقى دائما في نطاق المسؤولية الخطئية وانها تشترط لقيامها توافر اركانها الثلاثة من الخطأ (ولو كان مقترضا) والضرر و العلاقة السببية بينهما، في حين تقوم مسؤولية المخاطر على ركني الضرر و العلاقة السببية، ويتم دفع المسؤولية على أساس الخطأ المفترض بأثبات السبب الاجنبي-القوة القاهرة،والحادث الفجائي، وخطأ المضرور-عندما تكون قرينة الخطأ قطعية، وامكانية دفعها بأثبات العكس بالنسبة للخطأ المفترض البسيط، بينما لا يمكن دفع مسؤولية المخاطر الا بأثبات القوة القاهرة باعتبارها راجعة الى امر خارج عن نشاط الإدارة او الاشياء التي تملكها او تستعملها . اما الحادث الفجائي فلا يدفع هذه المسؤولية، لأنه حادث داخلي وإن كان مجهول السبب الا ان مصدره يرجع الى نشاط الإدارة او الاشياء التي تملكها او تستعملها^(٧١٨).

هكذا تتضح حقيقة الفارق بين هاتين المسؤوليتين . ومما يؤيد هذا القول ما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري الجديد بأنه " .. و يراعى من ناحية أخرى أن الشقة بين احكام المشروع وبين المسؤولية على أساس تبعة المخاطر المستحدثة لا تزال أبعد مما يفرق تلك الأحكام عن المسؤولية على أساس الخطأ المفترض، ذلك ان الأوضاع الاقتصادية في البلاد لاقتضي تطورا يبلغ في عمقه مثل هذا المدى وقصارى ما هنالك ان المشروع قنع بتطبيق المسؤولية على أساس الخطأ المفروض في نطاق الاحكام الخاصة بالمسؤولية عن عمل الغيرو المسؤولية الناشئة عن الاشياء. اما المسؤولية على أساس تبعة المخاطر المستحدثة فلا يوجد بشأنها سوى تشريعات خاصة تناولت تنظيم مسائل بلغت من النضج ما يؤهلها لهذا الضرب من التنظيم"^(٧١٩).

بهذا تتجلى حقيقة الاختلاف بين مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ وبين مسؤوليتها على أساس المخاطر .

(٧١٧) المصدر السابق، ص ٣٦٥ ..

(٧١٨) أنظر في تأييد ذلك- حكم محكمة الإدارية العليا في ١٩/٥/١٩٦٢-الطعن ٦٢٤٧٨- عبدالمعم حني، المصدر

السابق، ص ٣٣.

(٧١٩) اشير الى هذا النص في مؤلف د. محمد فواد مهنا، حقوق الأفراد أزاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص ٤٢٢.

أما موقف القضاء المصري بجهتيه العادي و الإداري، فنجد انهما لم يتجها أتاها موحدا من هذه المسؤولية، وتفاوتت احكامها بشأنها. فالقضاء العادي استبعد مسؤولية المخاطر منذ مرحلة ما قبل انشاء مجلس الدولة المصري و انه لم يطرأ على موقفه فيما بعد اي تغيير يذكر^(٧٢٠).

و قد حاولت بعض المحاكم العادية تطبيق نظرية المخاطر في بعض الحالات الصارخة من المسؤولية، و لكن محكمة النقض كانت تقف في وجه هذه المحاولات^(٧٢١)، لأنها لا تملك الخروج على نصوص القانون المدني التي لا تقر فكرة المخاطر كأساس للمسؤولية، ومن احكام محكمة النقض في هذا الشأن، حكمها بعدم مسؤولية الإدارة عن تطاير الشرر من قطارات السكة الحديدية و احداثه هرائق في الحقول و المنازل المجاورة، اذ ثبت ان مصلحة السكة الحديدية قد بذلت كل ما في وسعها، و انه بالتالي لم يثبت انها ارتكبت الخطأ، و لا مسؤولية بغير خطأ او على أساس المخاطر^(٧٢٢) كما و طبقت المحكمة نفس هذا المبدأ في احكام اخرى لها^(٧٢٣)، فضلا عن انها قد قطعت الطريق امام مسؤولية المخاطر عندما علقت في عبارات واضحة على الحكم الذي اخذ بنظرية المخاطر بعد ان نقضته بقولها " ان الحكم الذي رتب مسؤولية الإدارة على نظرية المخاطر و دون تقصير منها يكون قد أنشأ نوعا من المسؤولية لم يقره المشرع المصري و لم يردده فيكون قد خالف القانون و يتعين نقضه "^(٧٢٤).

يتضح من كل ذلك ان المحاكم العادية في مصر ممثلة بمحكمة النقض، رفضت مسؤولية المخاطر ولم تقر بها و لو استثناء في مجال القانون المدني.

اما موقف القضاء الإداري من المسؤولية على أساس المخاطر، فيلاحظ انه قد مر بمرحلتين بهذا الخصوص، ففي مرحلة الاولى، اخذ القضاء الإداري بمسؤولية المخاطر و لكن في نطاق محدود عندما صدرت عدة احكام عن محكمة القضاء الإداري بخصوص تعويض الموظفين عن القرارات الإدارية التي تصدر باحالتهم على التقاعد من دون ان تكون مشوبة باي عيب من عيوب عدم المشروعية التي تجيز الغاءها.

ففي حكم لمحكمة القضاء الإداري المصري اشارت فيه صراحة الى فكرة المخاطر كأساس لتعويض المضرور، حيث قالت ان " الدولة اذا رغبت في ان تصحى بالموظف العمومي القابل للعزل بأحالتة على المعاش قبل بلوغه السن المقررة للتقاعد استعملت

(٧٢٠) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٥٢٧.

(٧٢١) د. محمد حلمي، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٢٧١.

(٧٢٢) حكم محكمة أسيرط الصادر في ١٥ يناير ١٩٧٤ - المجموعة الرسمية ١٩٥٠، ص ٦٨٩ - نقل عن د. سليمان الطماوي،

القضاء الإداري - قضاء التعويض، المصدر السابق، ص ٣٦٠.

(٧٢٣) هذه الأحكام كانت متعلقة بأصابات العمل - قبل أن يصدر قانون حوادث العمل عام ١٩٣٦ - والأخرى متعلقة

بالأضرار الناشئة عن الأشغال العامة - أنظر د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٣٦٤.

(٧٢٤) د. ماجد راغب، المصدر السابق، ص ٥٢٧.

لحقها في حدود القانون، و الصالح العام فانه ينبغي عليها ان تتحمل في الوقت ذاته مخاطر هذا التصرف فتعوض الموظف المفصول تعويضا معقولاً...»^(٧٢٥) وفي حكم آخر لها قررت بأنه... اما اذا كان الامر متعلقاً بطلب تعويض عن تلك القرارات فانه يكفي لقبولها ان تتضح من اوراق الدعوى ان هذه القرارات قد صدرت اما بغير مسوغ و دون ان يأتي الموظف المفصول بما يستوجب ابعاده عن الوظيفة التي يشغلها او في وقت غير لائق....، و لكن قواعد العدالة توجب هي الاخرى تعويض الموظف المفصول في هذه الحالة عن الاضرار التي لحقته بسبب قرار الفصل او الاحالة الى المعاش»^(٧٢٦).

فمن هذه الاحكام يظهر ان القضاء الاداري المصري قد طبق فكرة المخاطر في اوائل عهده ولكن حددها بقضايا التعويض عن قرارات فصل الموظفين بغير الطريق التأديبي، اي انه اعتبرها أساساً استثنائياً يقوم الى جانب نظرية الخطأ. و مما يؤكد هذا القول ما جاء في حكم المحكمة الادارية العليا من ان اقامة مسؤولية الحكومة على أساس تبعة المخاطر لا يمكن الاخذ به كأصل عام، اذ يتعين توافر ركنين فقط في المسؤولية هما الضرر و العلاقة السببية بين نشاط الإدارة في ذاتها و بين الضرر حتى ولو كان النشاط مشروعاً ولكن نصوص القانون المدني و قانون مجلس الدولة المصري قاطعة في انها عالجت المسؤولية على أساس الخطأ، فلا يمكن بعد ذلك ترتيب المسؤولية على أساس المخاطر كاصل عام، و اما يلزم لذلك نص تشريعي خاص^(٧٢٧).

اما في المرحل الثانية، فقد رفض القضاء الاداري المصري مسؤولية المخاطر، اي انه عدل عن مسلكه السابق و في ذلك قضت المحكمة الادارية العليا بأن المناط من مساءلة الحكومة عن القرارات الادارية هو قيام خطأ في جانبها بأن يكون القرار غير مشروع، فاذا كان القرار سليماً مطابقاً للقانون فلا تسأل عنه الإدارة مهما بلغ الضرر المترتب عليه لانتفاء ركن الخطأ، فلا مندوحة و الحالة هذه من ان يتحمل الناس نشاط الإدارة المشروع و المطابق للقانون^(٧٢٨).

^(٧٢٥) حكم محكمة القضاء الاداري في القضية رقم ٢١ لسنة ٤٤ القضائية مجموعة المجلس، السنة الرابعة، ص ٩٠٤ في حيزيران ١٩٥٥- مشار اليه في د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٥٢٦.

^(٧٢٦) يذكر د. محمد فؤاد منها، ان المحكمة لم تشر في هذا الحكم ولا في الأحكام الأخرى الماثلة الى وقوع خطأ من جانب الإدارة أو وجود عيب في القرار يبرر الحكم بالتعويض، ويرى ان المحكمة قد أسست حكمها بالتعويض على مبادئ العدالة ومقتضيات المصلحة العامة وهي بهذا تكون قد أقرت مبدأ المسؤولية بدون خطأ، أنظر مؤلفه، المسؤولية الادارية، المصدر السابق، ص ٢١٣.

^(٧٢٧) حكم محكمة الادارية العليا، في ١٥/١٢/١٩٥٦، قضية رقم ١٥١٩، السنة الثانية، مجموعة عشر سنوات، ص ١٢٣- نقلاً عن د. محمد فؤاد منها، حقوق الأفراد أزاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص ٤٢٠.

^(٧٢٨) حكم محكمة الادارية العليا في ٢١ مايو ١٩٦٠- المجموعة، السنة الخامسة، ص ٩٤٦- نقلاً عن د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٣٦٧.

و ذهبت المحكمة الادارية العليا الى اكثر من ذلك عندما نصت في حكمها الصادر في ١٩ مايو ١٩٦٢ على ان المسؤولية القائمة على أساس المخاطر نوع من التأمين و يجب ان يكون مرجعه الى القانون و من ثم لزم تدخل الشارع للنص على التعويض في هذه الحالة و بيان حدوده و قواعد تقديره^(٧٢٩).

و يبدو ان المحكمة الادارية العليا قد تجاهلت اعتبارا أساسيا، و هو استبعاد القواعد المدنية من مجال المسؤولية الادارية و غيرها من مجالات القانون العام. و هذا المسالك يتطلب اعمال القواعد الادارية في مسؤولية الإدارة و من السمات الأساسية لهذه المسؤولية هي فكرة مسؤولية المخاطر^(٧٣٠).

و قد اصبح هذا الاتجاه للمحكمة الادارية العليا محلا للانتقاد، فاذا كان من الملائم الا تقوم مسؤولية الأفراد و لا يلزمون بالتعويض الا عند ثبوت خطئهم، فان هذا المبدأ لا يتلاءم مع مسؤولية الإدارة، اذا ان من الضروري تأمين الافراد امام القوة الهائلة للدالة و الموازنة بينهما^(٧٣١).

و يقول الدكتور الطماوي ان حديث المحكمة الادارية العليا عن المخاطر ، هو خروج بفكرة المخاطر من مجالها الطبيعي الذي رسمه قضاء مجلس الدولة الفرنسي لها، و ان تدخل المشرع ليقرر المسؤولية على أساس المخاطر في حالة خاصة لا يستلزم استبعاد الحالات القضائية لهذا النوع من المسؤولية ، فكل ما يترتب على تدخل المشرع هو تقيد القضاء بخصوص شروط المسؤولية و نطاق التعويض الذي يقوره ، و لكن ذلك لا يمنع القضاء من الحكم بالتعويض على أساس المخاطر في حالات اخرى تتوافر فيها الشروط التي قررها القضاء الاداري للحكم بالتعويض^(٧٣٢).

و يرى الدكتور ماجد راغب انه ليس هناك ما يمنع القضاء الاداري المصري من الأخذ بنظرية المخاطر، و ذلك لاعتبارات اوردها بهذا الشأن منها تقرير الاختصاص العام للمجلس بالمسائل الادارية، و ان اقرار المشرع لمسؤولية المخاطر لا يعني عدم الاعتراف بالحالات الاخرى التي يمكن ان يقررها القضاء الاداري المصري كما و ان الأخذ بالمخاطر لا يجعل منها الاصل العام لمسؤولية الإدارة ، بل يتم تطبيقها في حالات تكون اقامة المسؤولية فيها على الخطأ متنافية بشكل فاحش مع مبادئ العدالة^(٧٣٣).

مما تقدم يمكننا القول بان القضاء الاداري المصري على خلاف القضاء الفرنسي لا يقيم المسؤولية على أساس المخاطر الا في حالات قليلة و نادرة نسبة بالحالات التي يقيم فيها المسؤولية على أساس الخطأ و ان مخاوف هذا القضاء في الأخذ بفكرة المخاطر لا مبرر لها، لان مجلس الدولة الفرنسي قد طبق هذه الفكرة في حالات كثيرة

(٧٢٩) المشار اليه في مؤلف د. ماجد راغب ، المصدر السابق، ص ٥٢٩.

(٧٣٠) د. سليمان الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ١٨٤.

(٧٣١) د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٢٧٢.

(٧٣٢) د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري - قضاء التعويض و طرق الطعن في الأحكام، المصدر السابق، ص ٤٥٢.

(٧٣٣) د. ماجد راغب، المصدر السابق، ص ٥٣٠-٥٣١.

دون ان تتأثر بها المصالح الادارية سلبا لذا فاننا نذهب مع الفقه المنادي بضرورة اخذ مجلس الدولة المصري بمسؤولية المخاطر الى جانب المسؤولية القائمة على فكرة الخطأ، و لا سيما انها تعد من ابرز معالم المسؤولية الادارية التي تميزت بها عن المسؤولية المدنية.

-المطلب الثالث-

التشريع و القضاء العراقيان:-

الاصل العام في القانون المدني العراقي ان المسؤولية المدنية لا تقوم الا اذا توافرت اركانها من الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بينهما^(٧٣٤) و يظهر ذلك من خلال مراجعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي النافذ اذ ان واضعي هذا القانون استبعدوا اية فكرة غير الخطأ ليقيموا عليها المسؤولية عموما بما فيها مسؤولية الادارة متذرعين في ذلك بالتخلف الاقتصادي و التقني في العراق، و ان الأخذ بالنظريات الاخرى الحديثة لم يحن وقته بعد، حيث جاء على لسان الدكتور السنهوري بصفته رئيسا للجنة وضع مشروع القانون المدني العراقي بقوله " .. لان هذا هو أسس المسؤولية، و يمكن ان يقال بوجه عام ان تأسيس المسؤولية على العمل غير المشروع مر بثلاثة مراحل، ففي المرحلة الاولى نجد التفكير على شيء من السذاجة، فيقال ان الاتلاف اذا كان مباشرا يستوجب التعويض للعمل ذاته، دون النظر الى ركن التعدي ، ثم تعقدت الفكرة في المرحلة الثانية، اذ اشترط ركن التعدي و في المرحلة الثالثة..و هذه لتكون الا في البلاد التي بلغت شأوا بعيدا في الصناعة. يتعقد الفكر اكبر، فيقال ان الاتلاف موجب للتعويض في ذاته، دون النظر الى التعدي و ليس معناه اننا رجعنا الى المرحلة الاولى كما يظهر ذلك لاول وهلة . اذ ان الفكرة في هذه المرحلة قائمة على مباشرة العمل المتلف اما الفكرة في المرحلة الثالثة، فقائمة على القاعدة التي تقضي بان الغرم بالغرم، و شتان ما بين الأساسين فالمطلوب الان من المشرع العراقي ان يتخطى المرحلة الاولى الى المرحلة الثانية دون ان يتجاوزها الى المرحلة الثالثة. فهي مرحلة لايزال هناك وقت طويل قبل ان نصل اليها في العراق، و في كل بلد اخر، لم تبلغ فيه الصناعة الشان الذي نراه في ألمانيا مثلا "^(٧٣٥).

(٧٣٤) د.حسن علي الذنون، المسؤولية المدنية، مجله السابق، ص٥٣، ويرى استاذنا الدكتور محمد أحمد الغزني ان مشروع القانون المدني النافذ قد اعتمد في بعض موادها المتعلقة بالمسؤولية أفكاراً أخرى غير فكرة الخطأ، ففي المادة ٢١٣فقرة ٢ أسس المسؤولية في حالة الضرورة على فكرة المخاطر أو تحمل التبعة. وفي المادة ٢١٤فقرة ٢ والمتعلقة بالمسؤولية عن هدم البناء لإطفاء الحريق، اذ فسر المسؤولية في الحالة الاولى على أساس فكرة تحمل التبعة بصورتها المقيدة، وبالنسبة للحالة الثانية على أساس فكرة تحمل التبعة بصورتها المطلقة. (ملاحظة: تلقيت هذه الرأي منه مباشرة عند مناقشة الرسالة).

(٧٣٥) راجع سلمان بيات، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، القضاء العراقي، الجزء الأول، ص٢٤١. وأنظر كذلك فخرى رشيد مهنا، المصدر السابق، ص٢١٨.

و قد انتقد البعض^(٧٣٦) موقف المشرع العراقي من نظرية المخاطر، بالقول بأنه إذا كان من الصحيح ان التنظيم القانوني في بلد ما يرتبط بالتقدم الحضاري لذلك البلد ارتباطاً وثيقاً، فإنه قد يصدر التشريع وهو يعبر عن واقع اجتماعي و حضاري معين سبقه في الوجود، و بهذا لا يكون التشريع الا انعكاساً لذلك الواقع الموجود. وقد يصدر التشريع و هو لا يعبر عن واقع سبقه في الوجود بل هو يسبق المرحلة الحضارية التي شرع فيها، و يهدف الى سحب الواقع الحضاري القائم الى واقع اخر سيكون برأي المشرع هو الأفضل، و بهذا يمكن ان تسهم التشريعات في بناء التقدم الحضاري و دفعه بوقت أقصر مما لو ترك الامر الى الزمن وحده^(٧٣٧).

و نعتقد ان توجه المشرع العراقي كان صائباً عندما اقام المسؤولية في القانون المدني النافذ على أساس الخطأ لأنه كان منسجماً أكثر من اية فكرة اخرى مع الظروف الاقتصادية في تلك الفترة اذ لم يعتمد الافكار السائدة في مجتمعات اخرى تسبقنا في ركب التطور. الا ان الذي نأخذه عليه هو ان العراق لم يكن اiban تشريع القانون المدني سنة ١٩٥١ متخلفاً الى الحد الذي يحمل المشرع الى عدم الاخذ بنظرية المخاطر و لو في مادة واحدة من مواد المتعلقة بالمسؤولية، اذ كانت تسود العراق في تلك الفترة صناعات مختلفة منها صناعات الغزل و النسيج و الجلود و النفط و الاسمنت و المستحضرات البتروكيمياوية و غيرها، فضلاً عن شيوع استعمال وسائل النقل الآلية و البخارية من السيارات و القطارات^(٧٣٨).

فألمانيا مثلاً عندما تبنت فكرة المخاطر في خمس مجالات صناعية كأساس للمسؤولية فيها منذ عام ١٨٧١، فبلا شك ان الصناعة الألمانية في ذلك العصر لم تكن قد وصلت في تطورها الى الحد الذي عليه الان كما و صدرت فيها قوانين التأمينات

(٧٣٦) عادل احمد الطائي، المصدر السابق، ص ١٤٨.

(٧٣٧) رغم وجهة هذا القول من الناحية النظرية الا انه لا يمكن الأخذ به على اطلاق، لأن القانون يجب دائماً ان يكون متصلاً بالواقع و ليس منفصلاً عنه، وأن أتجه به عموماً نحو الأفضل. فالقول بأنه قد يصدر تشريع ليعبر عن واقع يسبق المرحلة الحضارية التي شرع فيها، لا يصح التسليم به، لأن وجود تشريع متطور و متماشى مع التطورات الجديدة وأن لم يكن متفقاً مع الواقع في المجتمع المعني، الا ان التمهيد من خلاله الى الحالة المتطورة للمستقبل هي خطوة جديدة نزيدها، ولكن يجب أن نكون أكثر واقعيين حيث لا ينبغي اجمال الواقع القائم الذي نعيش فيه فيجب أن نأتي بتشريعات متفقة مع هذا الواقع و الأخذ بنظر الاعتبار ما سنحتاجه من التغير مستقبلاً، فضلاً عن أن صاحب هذا القول لم يبرهن على وجهة نظره بما من شأنه ان يدعمها من الأمثلة التطبيقية. فالقوانين هي الأنعكاس للأفكار و المصالح الاقتصادية السائدة في المجتمع فلا تصح أن تعبر عن الأوضاع الاقتصادية و الاجتماعية التي يبلغها المجتمع. و بصد ما قيل أن التشريعات يمكنها أن تسهم في بناء التقدم الحضاري و دفعه بوقت أقصر مما لو ترك الأمر الى الزمن وحده، فهو لا يستقيم مع ما هو معمول به لدى المجتمعات، فالنقد الحضاري و التكنولوجي يجري بالدرجة الأساس في مجالات العلوم الصرفة و التطبيقية، و لا شأن للقانون بها، فهو لا يعدى كونه وسيلة لتنظيم العلاقات الجديدة الناشئة عن تلك التطورات.

(٧٣٨) د. حسن الخطيب، المصدر السابق، ص ١٤٨.

الاجتماعية في السنوات ١٨٨٣-١٨٨٤-١٨٨٩ معتمدة فكرة المخاطر في تعويض المتضررين، وكان ذلك تطوراً هاماً في نظام المسؤولية في تلك الفترة^(٧٣٩).

مهما يكن من امر فإن المشرع قد مهد لهذه النظرية و لو بصورة غير مباشرة عندما ضمن المادة ٢٣١ والمتعلقة بالمسؤولية عن الاشياء عبارة "مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة". فهذه المادة بالرغم من انها جعلت من فكرة الخطأ المفترض البسيط أساساً للمسؤولية عن الاشياء، الا انها تركت المجال مفتوحاً لما تقرره قوانين أخرى من احكام بشأنها^(٧٤٠). ومن القوانين التي صدرت بعد ذلك في هذا المجال، قانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ الخاص بالتقاعد و الضمان الاجتماعي للعمال. وتضمنت المادة ٥٨ منه على انه "لا يستحق العامل المصاب تعويضاً ولا مكافأة في احدى الحالتين ثم حدد الحالتين بالخطأ المتعمد وسوء السلوك الفاحش من جانب العامل، اي ان رب العمل او الإدارة تلزم بتعويض العامل عما يصيبه من اضرار في غير هاتين الحالتين سواء صدر الخطأ من العامل او لم يصدر، وهذا يعني ان مسؤولية رب العمل او الإدارة تكون قائمة على أساس المخاطر، وزيادة في حماية المصاب، فان هذه المادة قررت مسؤولية رب العمل وان كان الضرر راجعاً الى خطأ المصاب بشرط ان لا يكون متعمداً او نتيجة لسوء سلوك فاحش منه.

وينكر جانب من الفقه العراقي^(٧٤١) عن مشرع القانون المدني اخذه بفكرة المخاطر كأساس للمسؤولية عموماً و مسؤولية الإدارة على وجه الخصوص وانه لم يجز الاستناد اليها لان المشرع العراقي في نظرهم قد التزم بمنهج متناسق في تقريره لقواعد المسؤولية، حيث جعل الخطأ الواجب الإثبات أساساً للمسؤولية عن الاعمال الشخصية ، والخطأ المفترض البسيط أساساً للمسؤولية عن فعل الغير وعن الجمادات. ومع ذلك فان المشرع قد تنبه الى قصور هذا الأساس في معالجة بعض اوجه النشاط العام والخاص. وبسبب ذلك فقد اصدر المشرع بعض القوانين تستند في تعويضها للمضرور على عنصر الضرر، ومنها قانون العمل رقم ٥١ لسنة ١٩٧٠ المعدل^(٧٤٢)، وقانون التقاعد والضمان

(٧٣٩) أنظر د. عدنان العابد، د. يوسف الياس، قانون العمل، ط ١، دار المعرفة، ١٩٨٠، ص ١٣.

(٧٤٠) أحمد مصطفى ناصر، بحثه الموسوم، المسؤولية عن الالات الميكانيكية، مجلة العدالة، العدد الرابع، السنة الرابعة، ١٩٧٨، ص ٦٩٧ بالاشارة الى ص ٦٩٤ وتنص المادة ٢٣١ على انه "كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما يحدثه من ضرر ما لم يثبت أنه اتخذ الحطة الكافية لمنع وقوع الضرر وهذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة".

(٧٤١) في هذا المعنى انظر: د. غازي عبدالرحمان ناجي، المسؤولية عن الأشياء، المصدر السابق، ص ٨٤، محمود سعد الدين شريف،

المصدر السابق، ص ١٧٥-د. ابراهيم طه الفياض، مسؤولية الادارية..، المصدر السابق، ص ٦١٧-٦٢٠.

(٧٤٢) وتم إلغاء هذا القانون بنص المادة ١٥١/اولاً من قانون العمل الجديد رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧، والذي جعل المسؤولية

تضامية بين اطراف العمل- الاسباب الموجبة لقانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧، وزارة العدل، دار الحرية للطباعة، بغداد،

ص ٦٤.

الاجتماعي رقم ٣١ لسنة ١٩٧١ اذ تضمن فرعاً خاصاً بالتعويض عن اصابات العمل^(٧٤٣). وقد اعتبر هذا الرأي فكرة المنفعة أساساً للمسؤولية في هذه القوانين، لأن الإدارة عندما تقوم بدفع التعويض للعامل يأتي مقابل ما تنتفع من خدماتهم و أعمالهم.

و الملاحظ ان فكرة المنفعة لا يمكنها تبرير المسؤولية الموضوعية للأسباب التي اوردناها في حينه، و في هذه الحالات تكون فكرة المخاطر بمفهومها الواسع هو الأساس السليم في تبرير مسؤولية الإدارة.

اما قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧، فإنه تضمن نصوصاً تقيم المسؤولية المدنية على فكرة الضرر، لعدم كفاية فكرة الخطأ لمواجهة الحالات المستجدة بسبب التطور الاقتصادي والصناعي في العراق و انتهاجه مذهب الاشتراكية. فقد احتوى البند اولا من القسم الثاني من الفصل الثاني على اقامة المسؤولية غير العقدية في حقل الانتاج و الخدمات الانتاجية و في حالة الضرر الناشيء عن الاشياء الخطرة بطبيعتها كالالات الميكانيكية و القوى الكهربائية و المائية على عنصر الضرر وحده و استبعاد عنصر الخطأ من اسس المسؤولية، اي على أساس تحمل التبعة. و اقامة المسؤولية عن عمل الغير على عنصر الضرر تأسيساً على فكرة الضمان. حماية للمضرورين ممن لا تكفي احكام المسؤولية غير العقدية لأصلاح الضرر اللاحق بهم عن طريق التأمينات الاجتماعية تأكيداً على واجب الدولة في رعاية المواطنين و رفع المظالم عنهم^(٧٤٤). و بذلك استبعد هذا القانون كلياً فكرة الخطأ من مجال المسؤولية و اقامها على فكرة الضرر و اوجد نظام التأمينات الاجتماعية حيث تكفلت الدولة بمحو الاضرار اللاحقة بالأفراد تأكيداً على واجبها في رعاية المواطنين و حمايتهم من اعتداءات الإدارة.

اما مشروع القانون المدني العراقي الجديد لسنة ١٩٨٤، فالمعلوم انه اقتبس احكامه من قانون اصلاح النظام القانوني، فلابد انه اعتمد نفس الأساس الذي قامت عليه المسؤولية في قانون اصلاح النظام القانوني.

و من أهم التشريعات الخاصة التي صدرت مؤخراً و اخذت بفكرة المخاطر أساساً للمسؤولية، قانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠، وجاء في الاسباب الموجبة له، انه " اعتمد هذا القانون نظرية تحمل التبعة في المسؤولية كأساس للالتزام المؤمن بدفع التعويض بدلاً من اعتماد المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض البسيط و ذلك انسجاماً مع ما ورد في القانون اصلاح نظام القانوني"^(٧٤٥) و اخذ قانون صندوق تعويض المتضررين من الحرب رقم ١١ لسنة ١٩٨١ بفكرة المخاطر أساساً للمسؤولية و قرر هذا القانون انشاء صندوق في وزارة المالية يتم تمويله بالتبرعات و المبالغ التي تخصصها الدولة، و يتم دفع التعويض من موجودات الصندوق

(٧٤٣) تفصيل انظر - د. صادق مهدي السعيد، الضمان الاجتماعي وقانون الضمان الاجتماعي العراقي، مطبعة المعارف، بغداد.

١٩٦٨. ص ١٢٢.

(٧٤٤) انظر قانون اصلاح النظام القانوني، المصدر السابق، ص ٣٨.

(٧٤٥) د حسن علي الذنون، المسؤولية المادية، بحثه السابق، ص ٥٥.

للمتضررين من الحرب العراقية- الإيرانية دون البحث عن توافر ركن الخطأ لأن الغرض من انشاء الصندوق هو تعويض الاضرار نتيجة الوفاة او الاصابة البدنية او الاضرار المادية من هذه الحرب^(٧٤٦).

اما القضاء العراقي فانه ظل بصورة عامة مخلصا لنظرية الخطأ كأساس لمسؤولية الادارة، فلم يحد عنها الى غيرها من النظريات لتأسيس مسؤولية الادارة عليها ، لانه مقيد بالنصوص الواردة في القانون المدني.

لكن رغم ذلك فان هذا القضاء قد طبق فكرة المخاطر في بعض احكامه بشأن مسؤولية الادارة منها حكم محكمة التمييز في ١٦/٥/١٩٥٧ حيث قضى فيه بصحة الحكم بالتعويض لمالك ارض زراعية تضررت و تلفت مزروعاتها و منشأتها و عدد من الالات الزراعية نتيجة كسر سد سد نهر دجلة اضطرارا حيث كان النهر يهدد مدينة بغداد و المدن المجاورة لها الواقعة على النهر بالدمار الشامل على اثر فيضان النهر عام ١٩٥٤ ، وجاء في حيثيات الحكم ان اغراق الارض و تلف ما فيها يعتبر عينا تحمله مالك الارض وحده لصالح مجموع المواطنين، وعلى ذلك قضت بصحة الحكم بالتعويض^(٧٤٧).

و نجد في احكام اخرى لهذا المحكمة انها قضت فيها بمسؤولية الادارة وفقا للمادة ٢٣١ من القانون المدني مستندة في حكمها بالتعويض الى وجود مخاطر و في ذلك قضت بمسؤولية وزارة الصناعة و المعادن عما اصاب الغير من ضرر بسبب التيار الكهربائي وفقا للمادة ٢٣١ مدني و جاء في حيثيات الحكم.. " و لما كانت الاسلاك الكهربائية و الاعمدة التي تحملها من الاشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها نظرا لما في التيار الكهربائي المار بالاسلاك من خطر على الارواح.. فتسأل وزارة الصناعة و المعادن عن تعويض المميز عليهما لما اصابهما من ضرر بسبب وفاة ولدهما الصغير نتيجة صعقة بالتيار الكهربائي.."^(٧٤٨) ، كما وقضت في حكم اخر لها بمسؤولية الادارة عن اعمال تابعيها دون النظر الى وجود او عدم وجود خطأ بجانب التابع بل اكتفى بالضرر وحده لتقرير المسؤولية وجاء في الحكم انه " ينبغي الحكم بالتعويض عن الضرر الادبي الذي سببه سائق سيارة عسكرية و بالتالي تحققت مسؤولية وزارة الدفاع عن تابعيها لما احدثه من ضرر جسماني في المدعي استنادا الى المادة ٢١٩/١ مدني و الحكم ايضا بالتعويض الادبي... ولا سيما ان الاصابة تركت له عجزا"^(٧٤٩). و استخدمت محكمة التمييز في حكم لها في عام ١٩٧٢ بخصوص المسؤولية عن الاشياء عبارة (المسؤولية المفترضة) والمعلوم ان هذه المسؤولية تمثل خطوة

(٧٤٦) همزة خسرو عثمان. المرجع السابق، ص ٥٥.

(٧٤٧) اشير الى هذا الحكم في مؤلف د. ابراهيم طه القياض، مسؤولية الادارة عن اعمال موظفيها... المصدر السابق، ص ٥٨٢.

(٧٤٨) مجموعة الاحكام العدلية، العدد الرابع، ١٩٧٩، ص ٢٥- انظر ايضاً حكم محكمة التمييز في ٢١ ماي ١٩٧٢، مجموعة

الاحكام العدلية، العدد الثاني، ١٩٧٤، ص ٦٥.

(٧٤٩) رقم القرار ٢٦٨ موسوعة اولى، ١٩٨٨. تاريخ القرار ٣٠/٥/١٩٨٨، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، العدد

الثاني، ١٩٨٨، ص ١٥.

متقدمة بالنسبة للمسؤولية الخطئية، اذ انها لا تقبل الدليل العكسي الا اذا اثبت المسؤول القوة القاهرة، و بذلك فاتها تقترب كثيرا من مسؤولية المخاطر^(٧٥٠).

اما محكمة القضاء الاداري الجديد في مجلس شورى الدولة فاتها و في حدود اختصاصها، تعتمد فكرة الخطأ او (عدم مشروعية القرار) أساسا لتقرير مسؤولية الإدارة عنها، وهذا بحد ذاته يعد تضيقا لنطاق مسؤولية الإدارة في العراق واجحافا بحق المضرور. لذلك نأمل منها تبني فكرة المخاطر في مجال المسؤولية، سيما ان هذه الفكرة من اهم معالم القضاء الاداري كما قررها قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

من كل ما تقدم يمكن القول ان التشريع العراقي و فيما عدا الحالات الخاصة التي اقام فيها المسؤولية على أساس المخاطر ، فانه اعتبر الخطأ أساسا عاما لمسؤولية الإدارة، اي ان المسؤولية المقامة على فكرة المخاطر وردت في هذا التشريع كاستثناء لا يجوز التوسع فيها. وفيما يتعلق بتطبيقاتها القضائية ، فالظاهر ان القضاء لم يطبق هذه النظرية في نطاق مسؤولية الإدارة الا في بعض الحالات القليلة التي كانت المسؤولية الخطئية فيها تتعارض تعارضا صارخا مع مبادئ العدالة و تحديدا في مجال المسؤولية عن الاشياء، لذا فان القضاء العراقي بصورة عامة لا يأخذ بالمخاطر أساسا ثانيا و كملا لمسؤولية الإدارة.

^(٧٥٠) رقم القرار ١٤/١٣/١٩٧٢، تاريخ القرار ١٧/٢/١٩٧٢، ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ص ٢٦٧ والفايت أن المسؤولية المفترضة استخدمتها محكمة النقض الفرنسية لأول مرة بدلاً من عبارة الخطأ المفترض في حكمها الصادر في قضية جان دير في ١٣/٢/١٩٣٠ - راجع بشأن هذه القضية مؤلف ليب شنب، المسؤولية عن الأشياء، المصدر السابق، ص ٢٧٥، فقرة ٢٤٧.

القواعد التي تحكم مسؤولية الإدارة

تمهيد و تقسيم:-

ان القواعد التي تنظم مسؤولية الإدارة تتضمن كلا من القواعد الشكلية (قواعد الاختصاص) التي تحدد الجهة القضائية المختصة بنظر دعوى مسؤولية الإدارة، والقواعد الموضوعية التي يمكن ان تطبقها الجهة القضائية المختصة على تلك القضايا.

فالقواعد التي تحدد الجهة القضائية ترتبط ارتباطا وثيقا بالأسلوب الذي تنظم به السلطة القضائية لتأدية مهامها في الدولة. وبهذا الصدد فان دول العالم يسودها بصورة عامة نظامان قضائيان، احدهما هو (نظام القضاء الموحد)، والآخر هو (نظام القضاء المزدوج) او ما يسميه هوريو بالنظام الاداري^(٧٥١).

حيث تتولى الوظيفة القضائية وفقا لنظام القضاء الموحد جهة واحدة وهي جهة القضاء العادي او المحاكم العادية على اختلاف انواعها ودرجاتها وعلى راس هذه الجهة تقف محكمة عليا وهي محكمة النقض او التمييز (حسب الحالة) ويكون لهذه الجهة القضائية اختصاص العام للفصل في جميع المنازعات المدنية والادارية. ونجد تطبيقات هذا النظام في بريطانيا والولايات المتحدة الامريكية واستراليا ودول اسكندنافية وسويسرا والعراق قبل عام ١٩٨٩ ودول اخرى^(٧٥٢). بينما تتولى الوظيفة القضائية في ظل نظام القضاء المزدوج جهتان قضائيتان مستقلتان، فتختص جهة القضاء الاداري بالخصومات ذات الصفة الادارية اي الخصومات التي تكون الادارة طرفا فيها باعتبارها سلطة عامة، اما المنازعات التي تقع فيما بين الادارات العامة في الدولة فيختص بها هذا القضاء من باب اولي، بينما تختص جهة القضاء العادي بنظر كافة المنازعات الناشئة فيما بين الافراد^(٧٥٣). وقد تبنت فرنسا نظام القضاء المزدوج ثم قلدها في ذلك دول اخرى كثيرة^(٧٥٤).

(٧٥١) د. فؤاد العطار، القضاء الاداري، دار النهضة العربية، ١٩٦٣، ص ١٦٦- و ايضا انظر د. حسن خليل القضاء الاداري

اللياني، المصدر السابق، ص ١١٦.

(٧٥٢) انظر اوسن ري، سياسة الحكم، ج ٢، ترجمه د. حسن علي الذنون، بغداد، ١٩٦٦، ص ٢١٥ و الدكتور محمد فؤاد مهنا،

المصدر السابق، ص ٣٤

(٧٥٣) د. محمد علي ال ياسين، المصدر السابق، ص ١٧١-١٧٢.

(٧٥٤) ومن هذه الدول هولندا ١٨٦١-رومانيا ١٩٢٥-يونان ١٩٢٨-تركيا، ١٩٣-بولونيا ١٩٣٣-ايطاليا و تمسلة ١٩٣-مصر

١٩٤٦-لبنان ١٩٢٤-سوريا ١٩٤٨-العراق ١٩٨٩- انظر بهذا الصدد حامد مصطفى، بحثه الموسوم القضاء الاداري و

نشوء مجلس الدولة، منشور في مجلة القضاء، العددان الرابع و الخامس، ١٩٥٠، ص ١٥٣، ٣٢، بالاشارة الى ص ١٤.

اما القواعد الموضوعية التي تحكم مسؤولية الإدارة فترتبط عادة بالقواعد التي تحدد الاختصاص القضائي، ففي دول نظام القضاء الموحد نجد محاكمها تطبق قواعد القانون الخاص على قضايا مسؤولية الإدارة، وتطبق استثناء وفي حالات معينة مبادئ القانون الاداري المنسجمة مع وقائع الدعوى و بما يحقق العدالة،^(٧٥٥) ولهذه الحالة تطبيقات في العراق كما سنأتي الى ذكرها لاحقاً.

وهكذا نلاحظ ان قانون عام ١٩٤٦ في الولايات المتحدة الامريكية وقانون عام ١٩٤٧ في انكلترا قد اخضعا المسائل الادارية لنفس القواعد التي تخضع لها قضايا الافراد، وذلك لوحدة الجهة القضائية التي تنظر في تلك القضايا وهي المحاكم العادية.^(٧٥٦)

اما في الدول ذات النظام الاداري، فان قواعد القانون الاداري هي التي تسود دعوى المسؤولية اذا ما كانت منظورة اما المحاكم الادارية. في حين تكون قواعد القانون الخاص واجبة التطبيق اذا ما كان الاختصاص منعقدا للمحاكم العادية مع ما يرد على ذلك من استثناء^(٧٥٧).

ونظرا لان موضوع البحث الذي سنتناوله بالدراسة يتعلق بأساس وقواعد مسؤولية الإدارة عن اعمالها سواء ما كانت منها مادية او قانونية، فانه يجدر بنا تحديد جهة القضاء التي تملك حق تقرير مسؤولية الإدارة .

لذا سنقوم بتوزيع هذا الباب على فصلين، ندرس في اولهما الاختصاص القضائي بدعوى مسؤولية الإدارة، اما القواعد الموضوعية التي تطبقها المحكمة المختصة على قضايا المسؤولية ضد الإدارة فنتناولها في الفصل الثاني.



^(٧٥٥) د. عبدالرزاق عبدالوهاب ، المحاكم الادارية في العراق و المواقف تطويرها ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية

—العدد خاص ، مايس ١٩٤٨، ص ١١٣ الى ١٣٣ بالاشارة الى ص ١١٣ .

^(٧٥٦) د. طلال عامر المهتار، المصدر السابق ، ص ٦٠ - د. محمود محمد حافظ، المصدر السابق ، ص ٧.

^(٧٥٧) د. سعاد الشرفاوي، القضاء الاداري ، المصدر السابق ، ص ١٦ - و د. سامي جمال الدين ، المصدر السابق، ص ١٧١.

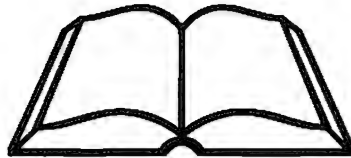
-الفصل الاول-

قواعد الاختصاص القضائي في مسؤولية الإدارة (القواعد الشكلية)

تمهيد وتقسيم :

نتناول بالدراسة في هذا الفصل القواعد التي تحدد اختصاص جهتي القضاء العادي والاداري بقضايا مسؤولية الإدارة وذلك في ضوء الانظمة القانونية المقارنة لكل من فرنسا ومصر والعراق،حتى يتسنى لنا تحديد نطاق اختصاص كل منها ومن ثم مواضع القوة والضعف فيها،ليمكننا بعد ذلك انتهاز الافضل منها وتطويرها بما يتلاءم مع الوضع الراهن لنظامنا القضائي .

وبناء على ذلك سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث،نخصص المبحث الاول لبيان قواعد الاختصاص في فرنسا،ونكرس المبحث الثاني لدراسة قواعد الاختصاص في مصر، اما قواعد الاختصاص في العراق فنتعرض لها في المبحث الثالث .



-المبحث الاول-

قواعد الاختصاص في فرنسا (٧٥٨)

لقد قام الفقه بسبب قضاء مجلس الدولة الفرنسي المتسم بالتعقيد وعدم الاستقرار بصياغة معايير متعددة لتأصيل الاختصاص القضائي لنظام مسؤولية الإدارة، وكانت هذه المعايير تتغير باستمرار لتغيير مسلك مجلس الدولة بتقديم الزمن و بظهور عوامل جديدة في الأفق. على أن الوصول الى تحديد معيار قاطع ومطلق في مجال الاختصاص بين جهتي القضاء يعد ضربا من العبث، نظرا للتقلبات المستمرة في قواعد المسؤولية عموما لدوام سير عجلة التطور ومن ثم اتساع وظائف الدولة وتطور اساليبها تبعا لها (٧٥٩).

وتقوم قواعد توزيع الاختصاص بدعاوي المسؤولية بين القضاء العادي والقضاء الاداري على أساس قاعدة عامة يطبقها القاضي على ما يعرض عليه من القضايا كل منها على حدة. فلم يحدد المشرع الفرنسي اختصاصات احدى جهتي القضاء على سبيل الحصر تاركا الاختصاصات التي لم يتضمنها التحديد للجهة القضائية الاخرى. فاصبحت جهتا القضاء العادي والاداري تحددان بنفسهما ما يدخل في نطاق اختصاصهما وتتدخل

(٧٥٨) ان نظام القضاء الاداري الفرنسي يتألف من اربع وعشرين محكمة ادارية تقع في مختلف المقاطعات لتتفرع في الدعاوي التي تنشأ عن الاتهامات والطلبات الموجهة ضد الهيئات الادارية. وعلى رأس هذه المحاكم يوجد مجلس الدولة *Council de l'Etat* الذي يتألف من كبار الموظفين المدنيين الذين يعيهم عدد من الوزراء. وينظر المجلس في الاحكام الصادرة عن هذه المحاكم كهيئة نقض (التميز). وان ما يستقر عليه من احكام تصبح مبدأ من مبادئ القانون الاداري كما يوجه المجلس النصح لجلس الوزراء والوزارات حول المسائل التي تتعلق بالسياسة الادارية ويعمل قسم المنازعات القضائية *Setion du Contentieux* المؤلف من ثمانية أعضاء كمحكمة استئناف بالنسبة للاحكام التي تصدرها المحاكم الدنيا. انظر اوستن ربي. المصدر السابق، ص ٢١٥ و ٢١٦ وكذلك انظر د. احمد عبدالرحمن ود. محمد رفعت. المصدر السابق ص ٢٩٨ و ٣٠٠.

(٧٥٩) Andre de Laubadere, op.cit, p.392.No. 647.

محكمة تنازع الاختصاص في حالة التنازع بينهما،^(٧١٠) مقررة باحكامها الملزمة الجهة القضائية صاحبة الاختصاص^(٧١١).

وسنعرض فيما يلي اهم المعايير التي نادى بها الفقه الفرنسي لتحديد الاختصاص بقضايا المسؤولية بين جهتي القضاء كما و سنبين قواعد الاختصاص التي قررها المشرع بنصوص تشريعية وايضا تلك التي قررتها محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية. وذلك في ست مطالب وعلى النحو الاتي:-

-المطلب الأول-

معيار الدولة المدينة والتفرقة بين اعمال السلطة واعمال الإدارة^(٧١٢):-

يعد هذا المعيار من اوائل المعايير الفقهية التي قدمت في هذ المجال، ويرجع الى اوائل القرن التاسع عشر. وفحوى هذا المعيار هو ان الخصومات التي تؤدي بالنتيجة الى الحكم بمديونية الإدارة لا بد ان تدخل في اختصاص القضاء الاداري الذي ينفرد بحق الزام الإدارة بالتعويض. وكانت هذه الحقبة الزمنية ملازمة للفترة التي ازدهرت فيها التفرقة بين اعمال السلطة واعمال الإدارة والتي اعتمدت لا كمعيار لتوزيع الاختصاص فحسب وانما كوسيلة للحد من مبدأ مسؤولية الإدارة ضمن اختصاص القضاء الاداري وذلك عن طريق الحكم بعدم مسؤولية الإدارة عن اعمال السلطة ومسؤوليتها عن اعمال الإدارة^(٧١٣).

فالإدارة تظهر تارة في صورة الجهة الامرة مستعملة اساليب السلطة العامة وما تتضمنه من اعلاء ارادتها على ارادة الافراد، فهذه الاعمال الادارية توصف بانها اعمال السلطة العامة *actes d autorite*. وقد تظهر الإدارة تارة اخرى في صورة عادية تتخلى

(٧١٠) هناك عدة حالات للتنازع بين جهات القضاء ، كالتنازع بين القضاء العادي والقضاء الاداري و التنازع بين القضاء العليدي و جهة من جهات التي يربط اليها المشرع و وظيفة قضائية او التنازع بين احدى هذه الجهات و القضاء الاداري. لذلك يتعين التمييز بين هذا التنازع و بين نوع الاخر الذي ينشأ بين محكمتين تابعيتين لنفس الجهة القضائية.

و توجد ثلاثة انواع من التنازع ، الاول هو التنازع الالجابي و صورته ان نصر اكثر من محكمة على نظر نزاع واحد ، و الثاني هو التنازع السلبي و صورته ان يصدر حكمان من جهتي القضاء بعدم اختصاص كل منها بنظر ذات الموضوع و الثالث هو التعارض بين الاحكام ، و فيه يكون قد صدر حكمين متعارضين احدهما من جهة القضاء العادي و الاخر من جهة القضاء الاداري .

راجع المحامي حسن الفكاهي، موسوعة القضاء و الفقه للدول العربية ، ج٧، ١٩٧٧، ص٥٧-ر ايضا د. سامي جمال الدين ، المصدر السابق، ص٢٦١-د. فؤاد العطار. المصدر السابق، ص١٩٤.

(٧١١) د. محمد رفعت و د. احمد عبدالرحمن ، المصدر السابق، ص٢٩٩.

(٧١٢) من أشهر القائلين بهذا المعيار الفقيه لافريارو العميد هوريو و الفقيه جورج فيدل و من مؤيديه في الفقه العربي الدكتور

محمد فؤاد مهنا-انظر د. عبدالغني بسيوني. المصدر السابق ، ص٢٠.

(٧١٣) انظر د. محسن خليل. القضاء الاداري اللبناني. المصدر السابق، ص٢٤٧-د. محمد علي ال ياسين، المصدر السابق،

بارادتها عما تتمتع به من سلطات و امتيازات تجاه الافراد، فتكون تصرفاتها عندئذ شبيهة بتصرفات الافراد العاديين وتسمى هذه الاعمال باعمال الإدارة العادية *actes de gestion* (٧٦٤).

وبناء على ذلك فان قضايا المسؤولية التي يكون محلها اعمالا من النوع الاول فان الاختصاص فيها يتعقد لجهة القضاء الاداري. اما المسؤولية عن الاعمال من النوع الثاني فان الاختصاص بها يكون لجهة القضاء العادي (٧٦٥).

وقد حاول انصار هذا المعيار إيجاد سند من القانون يمكن الارتكاز عليه بخصوص التفرقة بين اعمال السلطة العامة واعمال الإدارة العادية ، فاستندوا في ذلك الى مبدأ السيادة، وقرروا تبعا لذلك ان للإدارة وجهين متعارضين بظهور احدهما يخفي الآخر، ففي احد هذين الوجهين تعلق الإدارة على الافراد في شكل سلطة عامة، وسبب علوها يرجع الى انها تتمتع هنا بالسيادة. اما في الوجه الاخر فان الإدارة تكون فيه على قدم المساواة مع الافراد لانها تتخلى بارادتها عن السيادة المقررة لها (٧٦٦).

وقد اكد مجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار في حكمه الصادر في ١٣ كانون الثاني ١٨٠٩ في قضية *Le preux* والتي قرر فيها المجلس عدم مسؤولية الإدارة عن اخطاء مرفق الشرطة على اعتبار ان اعمال هذا المرفق من قبيل اعمال السلطة العامة (٧٦٧).

غير ان هذا المعيار لم يسلم من النقد، لصعوبة التمييز بين ما يسمى باعمال السلطة وبين اعمال الإدارة المدنية لان كلا منها تتداخل مع الاخرى بحيث يصعب وضع معيار قاطع لتحديد طبيعة هذين النوعين من الاعمال . لذا ذهب الفقه الى ان هذا المعيار يركز على أساس مبهم وغير واضح المعالم .

كما وان هذه التفرقة لا تراعى في كثير من اعمال الإدارة لان هناك اعمالا ادارية مختلطة واعمالا ادارية مماثلة لأعمال الافراد فلا يبقى بعد ذلك مجال لتطبيق هذا المعيار.

ومن جانب اخر دل استقرار الإدارة على مبدأ المشروعية، وما يتضمنه ذلك من خضوع الإدارة عند ممارسة نشاطاتها لمجموعة القواعد القانونية المقررة في القانون الاداري، على عدم صحة الأساس الذي استند اليه بعض الفقهاء لتبرير اعمال السلطة العامة وهو مبدأ السيادة المطلقة الذي يتنافى ومبدأ مسؤولية الإدارة (٧٦٨).

(٧٦٤) د عبدالرحمن نورجان . المصدر السابق، ص ١٠٢.

(٧٦٥) د. ماجد راغب الجنو. المصدر السابق، ص ١٦٨.

(٧٦٦) د. محسن خليل . القضاء الاداري اللبناني. المصدر السابق، ص ٢٤٨.

(٧٦٧) د عبدالغني بسوي. المصدر السابق، ص ٢٠.

(٧٦٨) انظر د. طعيمه الجرف. مبادئ القانون الاداري، ١٩٧٨، ص ١٥٤- د. محسن خليل ، ص ٢٤٨.

كما وان الأخذ بهذا المعيار يؤدي الى خلق شخصيتين مختلفتين للدولة (الادارة) احدهما كونها سلطة عامة والأخرى باعتبارها شخصا عاديا^(٧٦٩). و بسبب كل ما تقدم اتجه المجلس نحو العدول عن التفرقة بين اعمال السلطة واعمال الادارة وتقرير مسؤولية الادارة عن كافة اعمالها غير المشروعة بمقتضى حكمه الصادر في قضية Zimmerman عام ١٩٠٣^(٧٧٠)، وكان حكمه في قضية Tomaso Greco في شباط ١٩٠٥ حكما حاسما عدل فيه المجلس نهائيا عن هذه التفرقة^(٧٧١).

وبعد ذلك تم تطوير هذ المعيار وعرضه في صورة مغايرة بأسم (معيار السلطة العامة في صورته الجديدة) وتحدد ذلك في مجال استخدام الادارة الاساليب الخاصة المتميزة عن تلك التي يلجا اليها الافراد في نطاق القانون الخاص^(٧٧٢).

-المطلب الثاني-

معيار المرفق العام:-

عدل الفقه الفرنسي عن مسلكه القديم، واعتنق معيارا اخرًا لتحديد الاختصاص بقضايا المسؤولية. والمعيار الجديد هو معيار المرفق العام^(٧٧٣)، وفحواه ان كل نشاط تقوم به الادارة ايا كان نوعه أو شكله وكان متصلًا بتنظيم مرفق عام وتسييره فإن المنازعة تكون ادارية وينعقد الاختصاص فيها للقضاء الاداري. وهذه المنازعة تحكمها قواعد القانون الاداري الخاصة بالمسؤولية الادارية، اذ ان القانون الاداري طبقا لآتصار هذا المعيار هو قانون المرافق العامة.

ولقد كان حكم بلاكو الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية في ٨ شباط ١٨٧٣ هو اول الاحكام ذات المبادئ الذي ربط بين قواعد الاختصاص وبين المرفق العام - اذ قرر

(٧٦٩) د. ماهر صالح، المصدر السابق، ص ٣١.

(٧٧٠) تلخص وقائع هذه القضية في ان بعض موظفي الطرق قد استخرجوا المواد اللازمة للبناء من ارض مملوكة لاسرة زجرمان. وحماية هؤلاء الموظفين اصدر مدير المقاطعة امرا حدد فيه الاموال العامة في المنطقة ومنها هذه الارض. ورغم ان عملية الاستيلاء تعد من احدى امتيازات سلطة الادارة الا انها اعتبرت عملا غير مشروعًا ترتبت مسؤولية الادارة عنها - انظر

د. ماجد راغب، المصدر السابق، ص ٤٧٩.

(٧٧١) انظر في تفصيل هذه الحكم مؤلف د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ١٥٠.

(٧٧٢) لتفصيل انظر د. محمد علي، المصدر السابق، ص ٢٧٢.

(٧٧٣) في مفهوم الفقه والقضاء للمرفق العام معنيان: المعنى الوظيفي (المادي) وهو كل نشاط تقوم به هيئة عامة بقصد اشباع حاجة عامة. اما المعنى العضوي (الشكلي) للمرفق العام فهو مجموع العاملين والوسائل التي تستخدمها الهيئة العامة في سبيل اداء الواجبات المنوطة بها. ومفهوم المرفق العام يتغير باستمرار تبعًا لتطور وظائف الدولة وتغير الفلسفة العامة السائدة فيها.

انظر د. شاب توما منصور، القانون الاداري الكتاب الاول، ط ١، مطبعة دار العراق، ١٩٨٠، ص ١٩٥ - د. رياض عيسى.

المصدر السابق، ص ٦١ - د. عبدالرحمن نورجان، المصدر السابق، ص ١٠٣ - د. احمد حافظ، المصدر السابق، ص ٣٩.

اختصاص القضاء الإداري بالنظر في دعاوي التعويض عن الأضرار التي تلحق بالأفراد بفعل الأشخاص الذين يستخدمهم المرفق العام أو بسبب الأشياء المملوكة للمرفق العام على اعتبار أن هذه القضايا تستوجب تطبيق قواعد قانونية مختلفة ومتميزة عن قواعد المسؤولية المدنية^(٧٧٤).

وظل معيار المرفق العام سائدا في فرنسا وساد الاعتقاد بأنه يمكن تفسير كل ما يتعلق بالقانون الإداري عن طريق هذا المعيار وتوسع الفقهاء في مفهوم هذا المعيار بحيث مد سلطانه على الكثير من المنازعات غير الإدارية. واستمر ذلك حتى فترة الحرب العالمية الأولى إذ أحرزت الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية تطورا كبيرا انعكس أثره على نشاط الإدارة والأفراد العاديين على حد سواء مما تسبب في تغيير الصورة التقليدية للمرافق العامة، فظهرت إلى الوجود مرافق عامة اقتصادية (صناعية وتجارية) ومرافق اجتماعية وتميزت تلك المرافق بأن معظم نشاطها يسير وفقا لقواعد القانون الخاص وما يستتبعه من الخضوع للقضاء العادي^(٧٧٥). ومن جانب آخر فقد اتسع النشاط الخاص وسمحت الإدارة للأفراد أن يتولوا الكثير من المشروعات ذات النفع العام كالمؤسسات الخيرية الخاصة في ميادين الصحة العامة واستغلال الأفراد للمناجم ومساقط المياه وخضوع هذه المشروعات لأحكام التي تخضع لها المرافق العامة الإدارية الأخرى. كل ذلك أدى إلى كثرة في الاستثناءات الواردة على هذا المعيار، وبالتالي أصبح مضمون هذا المعيار أوسع من المعنى الذي قصده القضاء مما صعب تحديد معالم المرافق العامة وصعب أيضا تحديد اختصاص القضاء الإداري فتعرض معيار المرفق العام لأزمة سميت بأزمة المرافق العامة، فلم يبق بد لإعادة النظر في قيمة فكرة المرفق العام كمعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري بقضايا المسؤولية في فرنسا^(٧٧٦)، خصوصا بعد أن أخرجت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية كافة المنازعات المتعلقة بالمرافق الصناعية والتجارية من اختصاص القضاء الإداري بعد صدور حكمها سنة ١٩٢١ في قضية معدية الوكا^(٧٧٧)، كما وأخرجت المنازعات المتعلقة بالمرافق الإدارية المدارة بأسلوب القانون الخاص من اختصاص القضاء الإداري بصدور حكمها سنة ١٩٥٥ في قضية نالياتو^(٧٧٨).

كل ذلك حمل الاستاذ فالين إلى مهاجمة هذا المعيار بعد أن كان من أشد المتحمسين له، وانتقده على وجه الخصوص كونه معيارا أوسع من اللازم في بعض الأحيان، كما أنه اضيق من اللازم في أحيان أخرى، وانتهى إلى القول بأنه معيار لفظي لا مضمون له ويستخدم الاصطلاح للتعبير عن معان متناقضة ومتعارضة.

(٧٧٤) Andre de laubadere, op . cit, p. 12-13 No.3.

(٧٧٥) انظر د. ماجد راغب، المصدر السابق، ص ١٦٨-د. محمود حلمي، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٢١٧-د. ثروت بدوي، المصدر السابق، ص ١٧٢.

(٧٧٦) Andre de laubadere, op . cit, p. 13 No.3.

(٧٧٧) انظر بشأن هذا الحكم د. ماجد راغب، المصدر السابق، ص ١٧٠.

(٧٧٨) انظر بهذا الصدد د. محمود حلمي، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٢١٧.

لكن رغم الانتقادات الموجهة لمعيار المرفق العام فإن فريقاً آخر من الفقهاء يتزعمهم الفقيه دي لوبادير، يرون أن هذا المعيار لم يندثر ولم ينته وأنه كان متفقاً في بداية ظهوره مع الظروف السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع، فلما تطورت تلك الظروف بدا هذا المعيار غير ملائم لمواجهة الحالات الجديدة التي سادت المجتمع الفرنسي^(٧٧٩).

ومهما يكن من أمر فقد ظهرت الحاجة الى ادخال تعديل على معيار المرفق العام بما يحدد او يضيق من نطاقه وبما يتلائم مع تطور الظروف والاحوال الجديدة وكان حكم تيريه فاتحة هذا الطريق، إذ قرر القضاء الاداري في هذا الحكم أنه رغم أن القاعدة العامة تجعل الاختصاص للقضاء الاداري عندما تتعلق المنازعة بالمرفق العام، غير أن ذلك يجب أن يكون مرهوناً بشرطين اولهما عدم وجود نص خاص يجعل الاختصاص في النزاع للقضاء العادي، وثانيهما أن تكون الإدارة قد انتهت اساليب السلطة العامة في تسيير وتنظيم اعمال المرفق العام^(٧٨٠). فيمكننا القول أن معيار المرفق العام على الرغم من التطورات التي جرت عليه لا يمكن قبوله كمعيار سليم في تحديد الاختصاص بقضايا المسؤولية بين جهتي القضاء لعدم قدرته على مواجهة الحالات المستجدة في المجتمع وأن دوره لا يتعدى مجرد قرينة، لذا حاول الفقه الفرنسي اقامة معيار جديد على انقاض هذا المعيار يكون قادراً على تحديد الاختصاص بقضايا المسؤولية بين جهتي القضاء العادي والاداري .

-المطلب الثالث-

معيار اولوية القانون الواجب التطبيق:-

وبموجب هذا المعيار فإن طبيعة القواعد القانونية التي تطبق على موضوع النزاع هي التي تحدد جهة القضاء المختص، فإذا كان القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون المدني فإن الاختصاص هو للقضاء العادي أما إذا وجد القاضي أن النزاع يستدعي تطبيق قواعد قانونية مغايرة وتمييزة عن القانون المدني فإن الاختصاص سينعقد للقضاء الاداري. أي أن قواعد الاختصاص تتبع القواعد الموضوعية^(٧٨١).

والميزة الرئيسية لهذا المعيار أنه يقدم لارتدواج القضاء التبرير العملي القائم على أساس تخصص جهتي القضاء بتطبيق نوع معين من القواعد يختلف عن النوع الآخر وفقاً لمبدأ تقسيم العمل .

واعمالاً لهذا المعيار فإن دعاوي المسؤولية الناتجة عن تنفيذ القرارات الادارية (الفردية او اللاحية) تكون من اختصاص القضاء الاداري عندما تكون الإدارة هي مصدر القرار لأن ذلك من احدى امتيازات السلطة العامة المقررة لها قانوناً، أما

(٧٧٩) د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ١٥٤- و أيضاً د. ثروت بدوي، المصدر السابق، ص ١٧٤.

(٧٨٠) د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق، ص ٢٥١-٢٥٢.

(٧٨١) د. ماجد راغب الحلبي، المصدر السابق، ص ١٧١- و انظر كذلك د. انور احمد، المصدر السابق، ص ٧٦.

المنازعات المتعلقة بالنشاط المادي للإدارة فهي على عكس الأعمال القانونية لا يحمل مضمونها ما ينبئ بجهة الاختصاص، فالوسيلة لمعرفة ذلك تكون في فحص النظام القانوني الذي تنتمي اليه هذه الأعمال وما إذا كان الضرر قد نتج عن نشاط مرفق علم استخدم أساليب السلطة العامة، فالاختصاص يكون لجهة القضاء الإداري. أما في حالة استخدام المرفق أساليب القانون الخاص فالاختصاص ينعقد لجهة القضاء العادي^(٧٨٢).

وفي حالة المنازعات الناشئة عن فعل الأشياء التي تستخدمها الإدارة فيرجع تحديد الاختصاص بها إلى طبيعة المرفق المسؤول عنها وكون هذه الأشياء داخلة في ملكية الدومين العام أو الخاص^(٧٨٣)، ويعاب على هذا المعيار كونه مخالفا للنصوص الوضعية التي لا تقيم صلة بين الاختصاص وبين القانون الواجب التطبيق، كما وصف بأنه غير منطقي، فليس من المعقول أن يبحث القاضي في موضوع المنازعة والقواعد واجبة التطبيق عليها قبل أن يقرر صراحة أو ضمنا اختصاصه بالنزاع، ومن ناحية أخرى لا يمكن أن يكون القانون واجب التطبيق أحد العوامل التي تدخل في الاعتبار لدى القاضي عند تحديد الاختصاص، لأن القانون واجب التطبيق هو النتيجة التي يصل إليها القاضي بعد فحص موضوع النزاع، فهو نقطة النهاية ولا يعتبر أبدا نقطة البداية في تفكير القاضي ويضاف إلى ذلك كله انعدام وجود حدود فاصلة بين ما يعتبر قانونا عاما وما يعتبر قانونا خاصا ثم أنه قد ينعقد الاختصاص بنظر المنازعة لمحكمة ما، فتطبق عليها قانونا معيناً قد لا يكون هو القانون الذي يسود تلك المحكمة، إذ قد ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري ثم يرى هذا القضاء أن مقتضيات العدالة وطبيعة النزاع تستوجبان تطبيق قواعد القانون المدني.

لذا يجب عدم الربط بين القواعد واجبة التطبيق على النزاع والقضاء صاحب الاختصاص^(٧٨٤). وقد حاول البعض من الفقهاء الرد على هذه الانتقادات إذ يقول الأستاذ ايزنمان بخصوص الحجة التي تعتمد المنطق في كون أن القاضي لا يطبق بشأن النزاع قانونا ما إذا لم يكن قد قرر اختصاصه بالنزاع، فهذه الحجة بنظره لاشأن لها بالخطوات الذهنية التي ينتهجها القاضي في تحديد الاختصاص، وانها تخلط بين القانون واجب التطبيق على النزاع وبين قرار القاضي القابل للتطبيق، إضافة إلى أن هذه الحجة تفقد أهميتها عندما يكون القاضي هو محكمة التنازع وليس محكمة الموضوع^(٧٨٥).

وترد د. سعاد الشرقاوي على هذه الحجة قائلة بفكرة الاحتمال Probabilite وهي أن القاضي حين يحكم بان النزاع من اختصاص القضاء الإداري يكفي أن يكون هناك احتمال تطبيق قواعد موضوعية مختلفة عن قواعد القانون المدني، ويلعب المرفق العام دورا في فكرة الاحتمال هذه، فالمرفق العام الذي يدار بأساليب القانون العام يعد بالنسبة

(٧٨٢) انظر د. سعاد الشرقاوي. القضاء الإداري. المصدر السابق. ص ٢١٩-٢٢٠-٢٢١. عبد الغني بيوي. المصدر السابق. ص ٢٢.

(٧٨٣) د. ماجد راغب خلو. ص ١٧٢.

(٧٨٤) انظر بهذا الشأن د. محمد الشافعي. المصدر السابق. ص ١٥٦-١٥٧. د. محمود حلمي. القضاء الإداري. المصدر السابق. ص ٢١٨.

(٧٨٥) نقلا عن د. سعاد الشرقاوي. القضاء الإداري. المصدر السابق. ص ٣٨.

للعمل المتصل به قرينة قاطعة لاحتمال تطبيق قواعد القانون الإداري ومن ثم يكون الاختصاص منعقدا لجهة القضاء الإداري في حين ان انعدام هذا الاحتمال في الاعمال المتصلة بالمرافق العامة الاقتصادية والاجتماعية (التي تدار بأساليب القانون الخاص) يجعل الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بهذه المرافق من اختصاص جهة القضاء العادي^(٧٨٦).

و فيما يتعلق بالحجة التي تعتمد تفكير القاضي، يرى الاستاذ ايزنمان انها معيبة ايضا لانها استباحث جعل القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع نقطة النهاية في تفكير القاضي وليست نقطة البداية. ثم يتساءل قائلا "الا توجد من وجهة نظر اصحاب هذه الحجة منطقة مرور بين نقطة البداية ونقطة النهاية تلك"^(٧٨٧)!!؟

لكننا نرى ان الانتقادات الموجهة لهذا المعيار تكفي بحد ذاتها لعدم اعتماده في تحديد الاختصاص بقضايا المسؤولية بين جهتي القضاء، وان الردود التي قدمها البعض لم ترق الى مستوى دحض تلك الانتقادات او ان تقلل من شأنها او ان تكفي لسد الثغرات التي اكتشفت هذا المعيار لذا فنحن مع المنكرين لهذا المعيار والقائلين بانه معيار غير سليم ومخالف للمنطق القانوني فلا بد من هجرة وإيجاد معيار اخر ليحل محله .

-المطلب الرابع-

معيار الشخص المعنوي العام:-

يعد هذا المعيار من اقدم المعايير الذي قدمه الفقه الفرنسي ، اذ يعود أساسه الى قانون ١٦ اب سنة ١٧٩٠ الذي كان يمنع السلطة القضائية من التدخل في اعمال الإدارة. ومضمون هذا المعيار هو ان النزاع يكون اداريا ويخضع لاختصاص القضاء الإداري اذا ما كانت الإدارة او احد الاشخاص المعنوية العامة الاخرى طرفا في المنازعة . والواضح ان هذا المعيار هو معيار شكلي محض اذا انه يعتمد على وجود او عدم وجود الشخص المعنوي العام كطرف في النزاع دون البحث عن عوامل اخرى فيه^(٧٨٨).

ورغم البساطة الظاهرة لهذا المعيار الا انه يتضمن صعوبة في كيفية تحديد طبيعة الشخص الطرف في النزاع فاذا كان من السهل معرفة وتحديد بعض الإدارات التقليدية في الدولة باعتبار انها اشخاص معنوية عامة ، الا انه يصعب في اكثر الاحوال معرفة بعض الاشخاص الاخرى وكونها من اشخاص القانون العام، حتى يمكن بالتالي تحديد اي من جهتي القضاء يكون لها اختصاص النظر في النزاع^(٧٨٩).

(٧٨٦) د. سعد الشرفاوي، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٣٩

(٧٨٧) راجع د محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ١٥٦. - د. سعد الشرفاوي، ص ٤٠.

(٧٨٨) انظر في هذا الشأن د محمد كامل ليلة، الرقابة انقضائية على اعمال الإدارة، ١٩٦٧، ص ٢٢٥-٢٢٦

(٧٨٩) راجع د سليمان الطماوي، القضاء الإداري، - الكتاب الاول - قضاء الالغاء، المصدر السابق، ص ٦٨

ولا يخفى ان هذا المعيار يوسع كثيرا من اختصاص القضاء الاداري حيث يدخل فيه الى جانب الاشخاص الادارية الاقليمية من المحافظات والمدن والاقضية .. اشخاص ادارية مرفقية اخرى كالمنشآت والهيئات والمؤسسات العامة، إضافة الى الاجهزة التنفيذية في الدولة فيختص القضاء الاداري بالمنازعات التي تكون هذه الاشخاص طرفا فيها^(٧٩٠).

والى جانب الاشخاص العامة هذه هناك اشخاص قانونية اخرى رسمية او شبه رسمية كالجمعيات التعاونية والنقابات والمنظمات الخيرية. حيث لم يتفق الفقهاء بشأن طبيعة هؤلاء الاشخاص كونها اشخاصا عاما او خاصة وكذلك طبيعة نشاطاتها حتى يمكن بالتالي معرفة الجهة القضائية التي تختص بالنظر في قضايا المسؤولية الناجمة عنها^(٧٩١).

وايا كان امر هذه المعايير التي قيلت لتحديد الاختصاص القضائي بدعوي مسؤولية الإدارة وما حققته من محاسن في فرنسا فيما يتعلق بالتوسيع من نطاق اختصاص القضاء الاداري، والعمل على حل مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الى حد ما، فإن الواقع وحقائق الامور اثبتت عدم استطاعة اي واحد من هذه المعايير في ان يرقى الى مستوى المعيار القاطع في هذا المجال. ولذلك فقد صدرت في فرنسا قواعد تشريعية عامة واخرى قضائية قررها مجلس الدولة الفرنسي لتحديد الاختصاص بقضايا مسؤولية الإدارة بين جهتي القضاء وستناولها تباعا.

-المطلب الخامس-

الاختصاص القضائي المحدد بنصوص تشريعية:-

تدخل المشرع الفرنسي لتحديد الاختصاص القضائي بقضايا المسؤولية الادارية في حالات عديدة جاعلا اختصاص النظر فيها لقضاء العادي بالرغم من كون المرفق العام طرفا في النزاع باعتباره صاحب سلطة وامتياز ويعتبر بلا شك استثناء من تلك المعايير التي ذكرت فيما سبق والتي استنبطها الفقه من قرارات واحكام المحاكم الادارية ورغم ان تلك المعايير قد اتسمت بنوع من الانسجام والتناسق فيما بينها، غير ان القواعد التي جاءت عن طريق التشريع كان طابعها التبعض وعدم الانسجام وكأنها وضعت عن طريق الصدفة، الامر الذي يقتضي سرد تلك الحالات الاستثنائية بالقدر الذي يخدم موضوع بحثنا، ولا يخرجنا عن نطاقه، وهذه الحالات هي :-

١ - قضايا المسؤولية التي تتقرر فيها مديونية الاشخاص الادارية حيث جعل المشرع اختصاص النظر فيها للقضاء العادي، بالرغم من طبيعة النزاع ، ويستثنى من ذلك الدولة لان مديونتها لا تتقرر الا اداريا وفقا لما جاء به قانونا ١٧٩٠ ، ١٧٩٣ من

(٧٩٠) د. شاب توما منصور ، القانون الاداري، الكتاب الاول ، المصدر السابق، ص ٨٢.

(٧٩١) د. طعيمة الجرف ، مبادئ القانون الاداري ، المصدر السابق ، ص ١٥٢.

تشريعات الثورة الفرنسية والتي منع المشرع بموجبها المحاكم العادية من الفصل في الدعاوي التي ترمي الى الحكم على الدولة بمبلغ من المال .

وعلى الرغم من ذلك فان قضاء مجلس الدولة قد اخضع فيما بعد دعاوي مسؤولية الاشخاص العامة لاختصاصه.(٧٩٢)

٢-قضايا التعويض التي ترفع على المدن والقرى بسبب اعمال الشغب التي يقوم بها الافراد وهذا الاختصاص يرجع الى الحركات الثورية والتمرد التي عاصرت الثورة الفرنسية فصدر قانون ١٧٩٣معتبراً سكان البلدة مسؤولين مجتمعاً عن الاضرار التي ترافق تلك الثورات واعمال الشغب، ثم جاء قانون البلديات لسنة ١٨٨٤ فنظم هذه المسؤولية واقامها على اساس تقصير رجال الشرطة في اداء وظائفهم، والسبب في قيام المشرع باسناد الاختصاص بهذه القضايا للقضاء العادي يرجع الى الافكار التي كانت تسود فرنسا آنذاك والقائلة بأن القضاء العادي يضمن الحماية للأفراد اكثر من القضاء الاداري.(٧٩٣)

٣-خضوع دعاوي التعويض ضد الإدارة للقضاء العادي اذا ما رفعت بطريقة تبعية للدعاوي الجزائية امام المحاكم الجنائية، تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بان(قاضي الاصل هو قاضي الفرع او ان قاضي الدعوى هو قاضي الدفع).وعلى ذلك فإن محكمة الجزاء تكون هي المختصة بالحكم بالتعويض اضافة الى الحكم الجنائي، ويجري التعويض وفقاً للمادة ٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي والمتعلقة بمسؤولية المتبوع عن اعمال التابع.(٧٩٤)

٤-حالة مسؤولية الإدارة عن الاضرار التي تسببها وسائل النقل المختلفة الارضية والبحرية والجوية، وتعد هذه احدث مجال لتوسيع اختصاص القضاء العادي ، ونظراً للتشابه الكبير بين الحوادث الناجمة عن وسائل النقل المختلفة العامة والخاصة فإن المشرع قد وحد جهة الاختصاص في نظر دعاوي التعويض المترتبة عليها وذلك بمقتضى قانون ٣١ كانون الاول لعام ١٩٥٧.(٧٩٥)

وهناك نصوص تشريعية اخرى صدرت لتنظيم الاختصاص القضائي الفرنسي ببعض المسائل الفرعية ومن ذلك قانون ١٧٩٦ الخاص بدعاوي التعويض المتعلقة بالضرائب غير المباشرة، وقانون سنة ١٩٧٠ المتعلق بمسألة نقل الطرود عن طريق البريد وقانون سنة ١٩٤٦ الخاص بالضمانات الاجتماعية، هذا وجعل المشرع الاختصاص في كل هذه الحالات للمحاكم العادية.(٧٩٦)

(٧٩٢) د. محمد الشافعي ، المصدر السابق ، ص ١٠٢ .

(٧٩٣) نظر د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري، الكتاب الثاني، -قضاء التعويض... المصدر السابق، ص ٧٥- و كذلك

د. سعاد الشرفاوي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ١٠ .

(٧٩٤) د. ماجد راغب، المصدر السابق، ص ١٧٩ .

(٧٩٥) انظر د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري - قضاء التعويض... المصدر السابق، ص ٧٩. و ايضا مؤلفه دروس في القضاء

الاداري، المصدر السابق، ص ٣٤ .

(٧٩٦) د. عبدالرحمن نورجان الابوي، المصدر السابق، ص ١٠٧ .

-المطلب السادس-

حالات أخرى لقواعد الاختصاص القضائي:-

دلت الاحكام المختلفة لقضاء مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة تنازع الاختصاص على انهما قد احالا حالات كثيرة لقضايا مسؤولية الادارة لأختصاص المحاكم العادية مما يستشف منها انها توسع من اختصاص المحاكم العادية على حساب المحاكم الادارية شأنها في ذلك شأن قواعد الاختصاص القضائي المحددة بالتشريع والتي سبق ذكرها، وهذه الحالات هي:-

١- مسائل التعويض المتعلقة بالأعمال التي تمارسها الادارة بأساليب القانون الخاص اذ تباشر الادارة طائفة من اعمالها ونشاطاتها باستخدام وسائل القانون الخاص، فأصبح اختصاص النظر في المنازعات الناشئة عن هذه الاعمال للقضاء العادي ، وتبرير ذلك ان التجاء الادارة بارادتها الى اتباع هذه الاساليب يدل على انها قد تخلت عما تتمتع به من سلطات تجاه الافراد فيكون اختصاص القضاء الاداري مفقودا في هذه الحالة. وأولى هذه المسائل تمثلت في الاضرار التي تلحق الافراد جراء اشراف الادارة على اموال الدومين الخاص Domain Prive لان نشاط الادارة في الحالة هذه ، والاضرار المترتبة عن نشاط المرافق التجارية والصناعية والمهنية والمتعلقة بموظفيها من غير شاغلي الوظائف الادارية العليا لاتعلق مباشرة بمرفق عام (٧٩٧).

٢- مسؤولية الادارة عن اعمال المتعلقة بالغصب والاعتداء المادي (٧٩٨) ، اذ ان الوضع الطبيعي يحتم ان يكون الاختصاص بهما للمحاكم الادارية وفقا للمعايير المتبعة لتوزيع الاختصاص ولكن القضاء قد جرى على عكس ذلك بناء على قاعدة عرفية سادت في فرنسا والقائلة بأن " المحاكم القضائية حامية اموال الافراد وحرياتهم" ويتحقق هاتين الحالتين من المسؤولية فان الاختصاص ينعقد للقضاء العادي وتحكمها قواعد القانون الخاص السائدة في العلاقات بين الافراد. ٥

(٧٩٧) انظر د. ماجد راغب . المصدر السابق. ص ١٧٣. د. سليمان محمد الطماوي. القضاء الاداري. قضاء التعويض، المصدر

السابق. ص ٣٥.

(٧٩٨) المقصود بالغصب هو استيلاء الادارة على عقار مملوك لاحد الافراد في غير الاحوال التي يجيز فيه القانون. اما الاعتداء المادي فهي نظرية ابتدعها قضاء مجلس الدولة الفرنسي . و هي تشمل تلك الاعمال المادية للادارة التي تبلغ عدم مشروعيتها حدا تفقد فيها صفتها الادارية كالاعتداء على حرية فردية او التعدي على عقار مملوك لاحد الاشخاص . فهي اوسع من نظرية الغصب

و يجدر القول ان دور المحاكم العادية يقتصر في حالة الغصب على تقدير التعويض فقط اما في حالة الاعتداء المادي فان سلطة القاضي المدني تتوسع في مواجهة الادارة اذ تكون له سلطة الحكم على الادارة بعمل إيجابي كالردم او الحكم بامتناع الادارة عن القيام بالعمل مع تقدير التعويض عن كل ذلك

راجع د. محمود عاطف . المصدر السابق. ص ١٦٦- د. سليمان الطماوي. دروس .. المصدر السابق. ص ٣٦- ٣٨.

٣- قضايا التعويض الناجمة عن اعمال مرفق القضاء حيث ان الاختصاص في هذا النوع من الدعاوى يكون موزعا بين القضاء العادي والقضاء الاداري على أساس تقسيم الاعمال المتعلقة بمرفق القضاء ، فالاختصاص يكون للمحاكم القضائية عندما تتعلق المنازعة بتنظيم القضاء ، في حين يكون الاختصاص للمحاكم الادارية عندما تكون الخصومة متعلقة بسير مرفق القضاء^(٧٩٩).

هذا اذا كانت الدعوى في كل هذه الحالات موجهة ضد الإدارة ذاتها ، اما اذا كانت الدعوى مقامة على الموظف باعتباره مسؤولا عن الضرر الواقع بالفرد ، فان جهة القضاء المختصة بالدعوى تتحدد وفق طبيعة الخطأ الذي ارتكب ، فاذا كان الخطأ شخصا فان الاختصاص يكون للقضاء العادي وتطبق عليها قواعد المسؤولية المدنية ، اما اذا كان الخطأ مرفقيا فان الاختصاص فيه ينعقد للقضاء الاداري وتطبق عليه قواعد المسؤولية العامة^(٨٠٠).

ويظهر ان التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي قد ساهمت في فترة من الفترات في تحديد الاختصاص بقضايا المسؤولية بين جهتي القضاء ، الا ان هذه التفرقة اصبحت من غير الممكن الاعتماد عليها منذ صدور حكم مجلس الدولة في قضية Le Monier وذلك لان نفس الخطأ اصبحت من الممكن اعتباره خطأ شخصيا من وجهة نظر المحاكم العادية وخطأ مرفقيا في رأي المحاكم الادارية^(٨٠١).

بعد هذا العرض الموجز يتضح لنا ان قواعد توزيع الاختصاص بقضايا مسؤولية الإدارة بين جهتي القضاء العادي والاداري في فرنسا هي ان القاعدة العامة تقضي باختصاص القضاء الاداري بدعاوى مسؤولية الإدارة ، ومع ذلك فان للقضاء العادي استثناءا الحق في الفصل في العديد من حالات مسؤولية الإدارة ، وذلك اما اعمالا للمعايير الفقهية او بتدخل المشرع لمقتضيات المصلحة العامة ، وهذا يعني ان اختصاص القضاء العادي بقضايا المسؤولية الادارية في توسع تدريجي مع تزايد مهام الإدارة وتطور اساليبها. ولذا نعتقد انه ليس من مصلحة الإدارة ولا الافراد توسيع اختصاص القضاء العادي على حساب القضاء الاداري لان القاضي المدني لا يملك الخبرة الفنية اللازمة في مجال اعمال الإدارة بما تمكنه من ايجاد التوازن بين الحقوق الفردية والمصالح العامة المتعارضة ومحاولة التوفيق بينها ، كما ان في توسيع الاختصاص القضائي للمحاكم العادية على حساب المحاكم الادارية انكارا للتطور الحاصل في مجال القانون الاداري ولنظام المسؤولية الادارية ولمبدأ تخصص القضاء في الدولة.



(٧٩٩) انظر د. عبدالرحمن نورجان الايوبي، المصدر السابق، ص ١٠٨ - د سليمان الطماوي، القضاء الاداري - قضاء التعويض ..

المصدر السابق، ص ٧٧.

(٨٠٠) د عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص ٣٦٨ - ٣٦٩ - انظر كذلك د سامي جمال الدين ، المصدر السابق، ص ٢٦٣.

(٨٠١) Andre de Laubadere, Op.Cit p.712 No.1334

-المبحث الثاني-

قواعد الاختصاص في مصر

لم تعرف مصر نظام القضاء المزدوج الا بعد صدور قانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ الذي انشأ مجلس الدولة فيها. فقبل هذا التاريخ كان نظام القضاء المصري موحدًا، فقواعد الاختصاص التي سادت في هذه الفترة اختلفت عن القواعد التي وجدت بعد انشاء مجلس الدولة المصري. ووفقا لذلك سنجري الكلام عن هذا الموضوع في مطلبين، نعرض في المطلب الاول قواعد الاختصاص في مرحلة قضاء الموحد، ونبين في المطلب الثاني قواعد الاختصاص في مرحلة القضاء المزدوج.

-المطلب الاول-

الاختصاص القضائي في مرحلة ما قبل انشاء مجلس الدولة المصري :-

تولت المحاكم العادية في هذه المرحلة الفصل في كافة المنازعات سواء منها ما بين الافراد انفسهم او بينهم وبين الادارة، اي ان القضاء العادي قد اختص بكل قضايا مسؤولية الادارة^(٨٠٢).

وان ملامح هذا القضاء الموحد كانت متبلورة قبل عام ١٨٧٥ في (محاكم شرعية) اقتصت بالفصل في كل المنازعات الادارية والمدنية للمواطنين على السواء ، وكانت الاحكام الصادرة عنها متفقة مع مقتضى احكام الشريعة الاسلامية. اما المنازعات الناشئة بين المواطنين والاجانب او بين الاجانب انفسهم او بينهم وبين الادارة فكان الاختصاص منعقدا (للمحاكم الفتصلية) اذ لم تكن للمحاكم الشرعية الولاية على الاجانب.

وقد استمر العمل بهذه المحاكم الى ان انشئت المحاكم المختلطة في ٢٨ كانون الاول ١٨٧٥، فقد نصت المادة العاشرة من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة على اختصاص هذه المحاكم بالقضايا التي يقيمها الاجانب اصحاب الامتياز على الحكومة او المصالح العامة او دائرة سمو الخديوي او اعضاء أسرته.^(٨٠٣)

ان انتهاج مصر لهذا النظام القضائي راجع الى كون اتجاهات القضاء الاداري الفرنسي لم تكن قد استقرت في تلك الفترة، كما لم تتوضح بعد محاسن ذلك النظام

(٨٠٢) نظر د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ١١٢ ص ١١٣- د. محسن خليل و د. سعد العصفور، المصدر السابق.

ص ١٦٧.

(٨٠٣) بموجب نظام الامتيازات التي منحها السلطان سليمان القانوني للأجانب في أرجاء الدولة العثمانية تقرررت امتيازات وحقوق للأجانب في مصر مما تطلب إيجاد نظام قانوني خاص لتنظيمه- راجع د. حسن سيد بسموي، دور القضاء في المنازعة الادارية، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١، ص ٦٣- د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ١١٣.

القضائي، وكان لا يزال هناك مخاوف من محاباة القضاء الإداري لجهة الإدارة عند نظره في النزاعات المتعلقة بها وانحيازها الى جانبها على حساب الاشخاص العاديين. يضاف الى هذا كله ان الدول اصحاب الامتياز في مصر لم تكن تقبل فكرة الازدواج القضائي فيها لتعارضها مع مصالحها ، فكل هذه العوامل ساعدت على ترسيخ دعائم القضاء الموحد في ذلك العصر في مصر^(٨٠٤).

وحددت المادة " الحادية عشرة من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة اختصاصات هذه المحكمة حيث نصت على انه " ليس لهذه المحاكم أن تفصل في ملكية الاموال العامة او ان تفسر امرا يتعلق بالإدارة او ان توقف تنفيذه، ولكن يسوغ لها في احوال التي وردت في القانون المدني، ان تفصل في الاعتداء على حق مكتسب لأحد الاجانب متى كان ناشئا عن عمل اداري".^(٨٠٥)

ثم صدر قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٧ بمناسبة الغاء الامتيازات الاجنبية في مصر، فأجرى هذا القانون تعديلات جديدة على اختصاصات المحاكم القضائية (م ٤٣) منعها من ان تنظر بطريقة مباشرة او غير مباشرة في اعمال السيادة، واجاز لها (للمحكمة) دون ان توكل الامر الاداري او ان توقف تنفيذه، ان تفصل في:

١- في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الافراد والحكومة بشأن عقار او منقول عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك.

٢- في دعاوي المسؤولية المدنية المرفوعة على الحكومة بسبب اجراءات ادارية وقعت مخالفة للقوانين واللوائح.

٣- في كل المسائل الاخرى التي يخولها القانون حق النظر فيها.

يظهر من هذه النصوص ان ولاية المحاكم المختلطة كانت مقتصرة على الحكم بالتعويض للضرور من اعمال ادارة المادية او القانونية دون ان يكون لها الحق في ان تتعرض للقرار الاداري في ذاته بالتعديل او الالغاء اي ان المحاكم المختلطة كانت تشكل قضاء التعويض لا قضاء الالغاء.

وقد صدرت سنة ١٨٨٣ لائحة ترتيب المحاكم الوطنية، تضمنت المادة الخامسة عشر^(٨٠٦) منها نفس الاحكام التي وردت في المادة (٤٣) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة السالف ذكرها دون ان تجري بشأن اختصاص المحاكم القضائية في مصر اي

(٨٠٤) أنظر د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ١١٣ - د. محمود حلمي، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٢١٩.

(٨٠٥) عدلت هذه المادة بمرسوم ١٩٠٠/٣/٢٦ حيث منعت بقتضاه احكام المختلطة من النظر في كل ما يعتبر من أعمال

السيادة- راجع د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري- القضاء التعويض... المصدر السابق ص ٩٩. د. سعيد عبدالمعصم حكيمة، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة، ط ١، دار الفكر العربي ١٩٧٦، ص ٤٨٤.

(٨٠٦) تكررت هذه المادة في قانون نظام القضاء لسنة ١٩٤٩ برقم (١٨)، ثم أصبحت المادة (١٥) في قانون السلطة القضائية

رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ ثم نقلت برقم ١١٦ إلى قانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٥ بخصوص السلطة القضائية، وأخيرا صارت المادة (١٧)

من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ النافذ حاليا في مصر- راجع د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري- قضاء

التعويض... المصدر السابق ص ١٠٠.

تغيير يذكر. وبصدور قانون نظام القضاء رقم ٣٧ لسنة ١٩٤٩ تم بموجبه الغاء لائحة ترتيب المحاكم الوطنية، كما وتم الغاء لائحة ترتيب المحاكم المختلطة بالغاء هذه المحاكم^(٨٠٧).

يتضح لنا من كل ما تقدم ان الاختصاص المطلق بقضايا مسؤولية الإدارة سواء عن أعمالها المادية أو القرارات الإدارية كان مقررا للمحاكم العادية في مصر في ظل القوانين التي صدرت بشأن السلطة القضائية قبل قيام القضاء الإداري فيها.

-المطلب الثاني-

الاختصاص القضائي في مرحلة ما بعد انشاء مجلس الدولة المصري:-
عند انشاء مجلس الدولة وفقا لقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦، أخذ المشرع المصري بنظام الاختصاص المحدود، إذ جعل اختصاص القضاء الإداري محددًا على سبيل الحصر، وسار المشرع على هذا النهج في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة^(٨٠٨). وهذا يعني ان مجلس الدولة المصري لم يتقرر له الولاية العامة في نظر المنازعات الإدارية بل تحدد اختصاصه حصرا، لذلك لم تنثر في مصر خلافات فقهية وقضائية حول اختصاص القضاء الإداري مثلما ثارت في فرنسا وما تبعه من قيام نظريات ومعايير-كما سبق ان تطرقنا اليها- إذ اعتبر المشرع الفرنسي القضاء الإداري صاحب الولاية العامة للنظر في المنازعات الإدارية منذ ان حصل هذا القضاء على استقلاله واصبح قضاء مفوضا سنة ١٨٧٢ لذا فانه كان على الفقه والقضاء الفرنسيين العمل على تحديد المنازعات التي تعتبر ادارية ليختص بها القضاء الإداري ، الا ان هذا لم يكن له مقتضى في مصر^(٨٠٩)، فوفقا لقانون سنة ١٩٤٦ اختص القضاء الإداري المصري الى جانب الغاء القرارات الإدارية غير المشروعة ، بالنظر في دعاوي التعويض المترتبة على هذه القرارات، وكان هذا الاختصاص مشتركا بين جهتي القضاء العادي والإداري، فكان المضرور هو الذي يحدد جهة الاختصاص و له الخيار فاذا لجأ الى احدى الجهتين اصبحت هي المختصة وامتنع عليه اللجوء الى الاخرى. وفي مجال مسؤولية الإدارة عن الاعمال المادية فقد اختصت جهة القضاء العادي بنظر قضاياها دون مشاركة من جهة القضاء الإداري . وقد جاء احتكار جهة القضاء العادي لهذه القضايا لنتيجة لنص تشريعي، وانما بسبب عدم النص على اختصاص مجلس الدولة المصري بهذا النوع من القضايا. اما قضايا

(٨٠٧) أنظر د. ماجد راغب، المصدر السابق، ص ١٨٢- د. محمود حلمي، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ١٢٠.

(٨٠٨) بذلك محاولات لتقرير الولاية العامة لمجلس الدولة المصري ولكن بدون جدوى فقد جاء القانون رقم ٩ لسنة

١٩٤٩ معددا لأختصاص المجلس على مسائل محددة، كما نص قانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ومن بعده القانون رقم ٥٥ لسنة

١٩٥٩ على اختصاص المجلس المحدد بنظر المنازعات معينة دون غيرها. أنظر د. ماجد راغب، ص ٢٢٧. أيضا د. محسن خليل و

د. سعد المصفر، المصدر السابق، ص ١٦٩.

(٨٠٩) د. حسن البديوي، المصدر السابق، ص ٦٦.

المسؤولية المقامة ضد الإدارة والمتعلقة بعمل من أعمال السيادة، فقد منع المشرع جهتي القضاء كليهما من النظر في قضاياها، إلا أنه ترك لكل من الجهتين أن تحدد بنفسها ما يعتبر من أعمال السيادة.

وقد استمرت حالة الاختصاص المشترك بقضايا المسؤولية بين جهتي القضاء في ظل قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٤٩^(٨١٠). ولما كانت كل جهة من جهتي القضاء تطبق قواعد قانونية مختلفة عن التي تطبقها الأخرى الأمر الذي أدى إلى اختلاف الأحكام الصادرة في دعاوي متماثلة باختلاف الجهة صاحبة الاختصاص وقد وجد هذا الوضع معيبا لكونه يؤدي إلى التعارض في تأصيل المبادئ القانونية فأرتوي أن يكون الفصل فيها من اختصاص القضاء الإداري وحده باعتبار هذه الروابط من قبيل روابط القانون العام.

ولهذا تدارك المشرع في قانون سنة ١٩٥٥ حالة الاختصاص المشترك بين القضاء العادي والإداري، فقرر بالنسبة لقضايا المسؤولية عن القرارات الإدارية أن يكون اختصاص النظر فيها منعدا لجهة القضاء الإداري، وقد أكد هذا الاتجاه أيضا قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٥٩.

أما المحاكم العادية فقد استبقت في ظل هذين القانونين اختصاصها المطلق بقضايا التعويض عن أعمال الإدارة المادية^(٨١١).

وظل الاختصاص المحدود لمجلس الدولة إلى أن صدر دستور سنة ١٩٧١ وقضت المادة ١٧٢ منه بأن يختص القضاء الإداري بجميع المنازعات ذات الطابع الإداري فأصبح مجلس الدولة وبنص دستوري صاحب الولاية العامة في مجال المنازعات الإدارية، وأصدر المشرع استنادا إلى هذا النص الدستوري القانون الجديد (الحالي) لمجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ حيث سرد المشرع في المادة العاشرة عددا من المسائل التي تدخل في اختصاص مجلس الدولة في ثلاثة عشر بنداً ثم أعقبها ببند أخير مقرر اختصاص المجلس بنظر سائر المنازعات الإدارية^(٨١٢).

وعليه فالرأي الراجح في الفقه والاجتهاد المصري يؤكد أن مجلس الدولة أصبح وفقا للبند الرابع عشر من المادة السابعة وبنص المادة ١٧٢ من الدستور القاضي العام في نظر المنازعات الإدارية وبخلاف الوضع في ظل القوانين السابقة.

أما بخصوص التعداد الوارد في البنود الثلاثة عشر من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الأخير فإنه ليس سوى إيراد أمثلة للمنازعات الإدارية الداخلة في

(٨١٠) د. حسن عبد المنعم، المصدر السابق، ص ٤٨٨ - د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد أمام المرافق العامة، ص ٣٨٩.

(٨١١) حسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج ١، القاهرة، ١٩٧٥ - ١٩٧٦، ص ٤٠.

(٨١٢) يصبح اختصاص القضاء الإداري بعد صدور هذا القانون قسمن - قسم محمد بنص صريح وبالتالي لاختلاف عليه. وقد ورد النص عليه في المادة العاشرة من قانون المذكور وهو يشمل قضايا التعويض عن مرتبات الموظفين والقرارات الإدارية الصادرة بأشأنهم أو بشأن الأفراد. وقسم ثاني يدرج في عموم م ١٤/١٠ التي تطلق اختصاص مجلس الدولة بسائر المنازعات الإدارية - للتفصيل أنظر د. ماجد راغب، المصدر السابق، ص ١٨٣.

اختصاص المجلس، مع ان هذا الاسلوب يعد عيبا فنيا في الصياغة ، اذ ليس من عمل المشرع اعطاء الامثلة والتفاصيل^(٨١٣).

ويعتقد الدكتور محمود حافظ ان المشرع اتبع هذا الاسلوب بذكره امثلة للمنازعات الادارية ولم يكتف بتقرير الولاية العامة في بند واحد رغبة منه في التسهيل على القضاء الاداري والقضاء بصورة عامة في المرحلة الاولى من تطبيق نظام الولاية العامة الذي بدوره يثير مشكلة البحث عن معيار الاختصاص، تلك المشكلة التي واجهها القضاء الفرنسي بجهتيه الادارية والعادية وعلى رأسهما محكمة التنازع وما استتبع ذلك من بذل جهود ومحاولات انتهت باعتماد معايير مختلفة تنوعت وفقا لتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لذا حاول المشرع المصري تلافي هذه الصعوبات عندما اورد امثلة للمنازعات الادارية ولكي يتجنب مشقة تحديد المعيار للقاضي الاداري بالنسبة لهذه المسائل^(٨١٤).

ولكن بالرغم من تقرير الولاية العامة لمجلس الدولة، الا ان القضاء العادي لا يزال يفصل في قضايا التعويض عن الاعمال المادية الموجهة ضد الادارة و يطبق بشأنها قواعد المسؤولية المدنية^(٨١٥).

اما الاعمال المادية التي توضع تنفيذا لقرار اداري فان المسؤولية عنها تدخل في اختصاص القضاء الاداري اذ انه لايسوغ النظر اليها مستقلة عن القرار الاداري الذي كان السبب في قيامها، اذ هي ذات ارتباط وثيق به لان كيانها القانوني مستمد منه، فلا بد من ان تخضع لنفس الجهة القضائية التي يخضع لها القرار الاداري ذاته. كما ويمتد نطاق اختصاص القضاء الاداري الى مسائل التعويض عن قرارات ادارية منعقدة التي تعتبر من الناحية النظرية كأن لم تكن موجودة ، غير انها تبقى رغم انعدامها في عالم الاعمال القانونية للادارة تختص بالغائها والتعويض عنها جهة القضاء الاداري.^(٨١٦)

الا ان مجلس الدولة المصري بدا في قضائه الحديث واستنادا الى نص البند الاخير من المادة العاشرة السابقة الذكر، يفصل في قضايا التعويض عن الاعمال المادية للادارة اذا ما اعتبرت من قبيل المنازعات الادارية، وهي تعتبر كذلك اذا ما اتصلت المنازعة بنشاط مرفق عام تديره الادارة بالاساليب القانون العام ، وهونفس المعيار الذي يستهدي به مجلس الدولة الفرنسي في قضائه الحديث^(٨١٧).

يتبين لنا من خلال استعراض قواعد الاختصاص القضائي في مصر ان قضايا المسؤولية المتعلقة بالقرارات الادارية كلها كانت ولا تزال خاضعة لاختصاص القضاء الاداري منذ صدور قانون مجلس الدولة رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ، ولا سيما ان سلطة اصدار القرارات الادارية تنفرد بها الادارة فيكون لزاما اخضاع المنازعات المتعلقة بها لجهة

(٨١٣) حسن الفكهاي، المصدر السابق، ص ٤٠.

(٨١٤) د. محمد حافظ ، القضاء الاداري، ط ٦، ١٩٧٢، ص ٢٧٧.

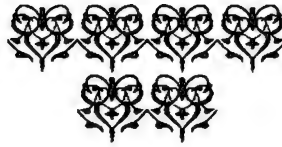
(٨١٥) د. محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الادارية، المصدر السابق، ص ٤٧.

(٨١٦) محمد حلمي، القضاء الاداري ، المصدر السابق، ص ٢٢٢.

(٨١٧) سليمان الطماوي، القضاء الاداري - قضاء التعويض، المصدر السابق، ص ١٠٩.

القضاء الإداري . أما مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية فإن الاختصاص بمنازعاتها اختصت بها جهة القضاء العادي واستمر الوضع هكذا حتى صدور قانون مجلس الدولة الأخير (رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) الذي أطلق اختصاص القضاء الإداري بالفصل في سائر المنازعات الإدارية. فمما هو معلوم ان قضايا المسؤولية عن الأعمال المادية للإدارة تندرج تحت مفهوم المنازعات الإدارية بتحقيق ضوابطها لذلك فان قصد المشرع بـدا واضحا في مد اختصاص مجلس الدولة الى تلك القضايا. وبالرغم من ذلك فان القضاء العادي هناك لا يزال يصير على اختصاصه بهذه القضايا ويطبق بشأنها قواعد المسؤولية المدنية ، اي ان هذا الاختصاص بات مشاعا بين جهتي القضاء.

ونعتقد انه كان من المستحسن للمشرع المصري لو نص بصورة قطعية في قانون الأخير لمجلس الدولة على اختصاص الأخير بقضايا المسؤولية عن الأعمال المادية حتى يقطع الطريق امام المحاكم العادية في الفصل في تلك القضايا التي تعد الأكثر شيوعا في الواقع العملي من قضايا المسؤولية عن الأعمال القانونية ، و ليقضي نهائيا على حالة الشبوع في الاختصاص بين جهتي القضاء . من هنا فانه يكون ضروريا اخضاع مسائل التعويض عن الأعمال المادية لاختصاص القضاء الإداري دون القضاء العادي لاهميتها.



-المبحث الثالث-

قواعد الاختصاص في العراق

بعد ان بينا معايير تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الاداري، وكذلك الاختصاصات المحددة بنصوص تشريعية في القانونين الفرنسي والمصري وذلك في المبحثين الاول والثاني من هذا الفصل ، بقي ان نبين في هذا المبحث نظام الاختصاص القضائي في العراق.

ولا بد ان نشير هنا الى ان الاختصاص القضائي في العراق بالدعاوي الادارية بصورة عامة وبدعاوي مسؤولية الادارة بشكل خاص قد مر بمرحلتين رئيسيتين لكل منها طبيعتها المميزة واثارها المختلفة عن الاخرى ، وعلى هذا فأتينا سنتصدى لهذا الموضوع في مطلبين ، نتناول في المطلب الاول الوضع قبل عام ١٩٨٩ تاريخ صدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة ، اما الوضع بعد عام ١٩٨٩ فنتناوله في المطلب الثاني ، وذلك حتى يمكننا الالمام بمراحل تطور قواعد الاختصاص القضائي بدعاوي مسؤولية الادارة في العراق.

-المطلب الاول-

الاختصاص القضائي بالقضايا الادارية قبل عام ١٩٨٩ :-

منذ قيام الحكومة العراقية ووضع قانون اساسي من قبل الجمعية التأسيسية سنة ١٩٢٥ ، استمرت المحاكم المدنية الفصل في كافة المنازعات التي ترفع اليها وقد تم تشكيل ديوان التدوين القانوني كجهاز اداري متخصص في شؤون الموظفين.

عليه فان نظامنا القضائي قد ارتكز على مبدئين اساسيين هما مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ امتلاك المحاكم القضائية الولاية العامة للفصل في كافة المنازعات المدنية منها والادارية ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك^(٨١٨).

فصارت هناك جهة قضائية واحدة وهي جهة القضاء العادي مختصة بالفصل في كافة المنازعات بصرف النظر عن صفة اطرافها وتقع على رأس هذه الجهة محكمة التمييز (النقض). وكان هذا القضاء يستمد ولايته العامة في السابق من نصوص

^(٨١٨) عدنان الخطيب، تاريخ القضاء الاداري ونظام مجلس الدولة في سورية، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٤، ص ٦١-

د. عبدالرحمان نورجان، المصدر السابق، ص ٢٢٣.

قوانين مختلفة، منها المادة ٧٣ من القانون الأساسي (الدستور)^(٨١٩). ثم صدر قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ مؤكدا اختصاص القضاء العادي بكافة القضايا المدنية والادارية اذ نص على ان "للمحاكم المدنية حق القضاء على جميع الاشخاص طبيعية كانت او معنوية بما في ذلك الحكومة وفي كل الدعاوي والامور المدنية والتجارية".

ومما زاد من هذا التأكيد صدور قانون السلطة القضائية رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣ بنصه "تسري ولاية المحاكم على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالمنازعات والجرائم كافة الا ما استثنى بنص خاص"^(٨٢٠).

يظهر من نص هذه المادة ان للمحاكم القضائية العراقية حق التعرض لكافة اعمال الإدارة سواء ما كانت منها مادية او قرارات ادارية ما لم يستثن من ذلك بنص خاص. ولكن نجد خلال تتبع الاحكام التي صدرت عن هذه المحاكم انها اقتصرت على الحكم بالتعويض عن القرارات الادارية غير المشروعة دون ان تمس القرار في ذاته بالانقضاء او التعديل وان جل ما فعله في هذا الشأن هو الحكم بمنع معارضة جهة الإدارة صاحبة القرار المعيب للفرد المضار من عملها^(٨٢١).

و بصدر قانون اصلاح النظام لقانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ الذي نص في الفصل الثالث من القسم الثاني على ضرورة " انشاء محاكم خاصة وهيئات تحكيم تنظر في قضايا موظفي الدولة والقطاع العام والمنظمات المهنية وفي الفصل في المنازعات التي تكون الوزارات او المؤسسات العامة او القطاع العام طرفا فيها"^(٨٢٢).

واعمالا لهذا النص تم انشاء المحاكم الادارية بقانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧، حيث جاء في الاسباب الموجبة لهذا القانون مايلي " لهذا فقد بات من الضروري التوجه نحو خلق قضاء متخصص تعهد اليه مهمة البت في هذه المنازعات ذات الطبيعة الخاصة وجعل الدعاوي المعروضة عليه من الدعاوي المستعجلة واختصار مراحل الطعن بقصرها على التمييز مهما كانت قيمة الدعوى دون تفریط باصل الحق...."^(٨٢٣).

وكان المأمول من انشاء هذه المحاكم ان تكون بداية للآخذ بنظام القضاء المزدوج في العراق كما حصل في فرنسا ومصر، وان يعقبه تشكيل محكمة ادارية عليا للنظر تمييزا في الاحكام الصادرة عن هذه المحاكم، و ان توسع اختصاصها لتشمل المنازعات

(٨١٩) اذ نصت على أنه "للمحاكم المدنية حق القضاء على جميع الأشخاص في العراق في كل الدعاوي والامور المدنية والجزائية التي تقيمها الحكومة العراقية أو تقام عليها..." - انظر الحاكم ضياء شيت، رقابة القضاء العراقي على القرار الاداري بمحت مشور في مجلة القضاء، ع ٤٤، ص ١٩٥٥، ١٣، ص ٢٤٤، ٤٢ بالاشارة الى ص ٢٥.

(٨٢٠) راجع قانون المرافعات المدنية والتجارية، وزارة العدل، بغداد ١٩٨٢، ص ٦- وقانون السلطة القضائية، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٧، ص ٥.

(٨٢١) أنظر: د. عبدالرزاق عبدالوهاب، بمحة السابق، ص ١١٧.

(٨٢٢) قانون اصلاح النظام القانوني، المرجع السابق، ص ١٨.

(٨٢٣) انظر جريدة الوقائع العراقية، العدد ٢٦١٩، السنة العشرون، ٧ تشرين الثاني، ١٩٧٧.

الادارية كافة وبالأخص ما تعلق منها بمسؤولية الإدارة عن القرارات غير المشروعة لعدم وجود جهة قضائية يمكنها إلغاؤها ومن ثم التعويض عنها^(٨٢٣).

ولكن جرت الأمور بغير ما كان متصوراً، إذ باتت هذه المحاكم مجرد هيئات قضائية للنظر في المنازعات التي تقع فيما بين مؤسسات الدولة والقطاع الاشتراكي. وبسبب هذا الاختصاص المقيد والمحدود فقد انتقدت هذه المحاكم مما دفع بالمشروع الى اصدار قانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٠ لتعديل قانون المحاكم الادارية وتم بموجبه توسيع اختصاصها ليشمل كل الدعاوي التي تكون "أحدى الوزارات او مؤسسات الدولة والقطاع الاشتراكي خصماً فيها سواء كانت مدعية او مدعى عليها". كما وشكلت هيئة خاصة في محكمة التمييز سميت (بهيئة القضاء الاداري) للنظر في الطعون الموجهة ضد الاحكام الصادرة عن تلك المحاكم غير انه لم يتم الوصول الى تشكيل محكمة عليا (مجلس الدولة) لتتظر في الاحكام الصادرة عن هذه المحاكم تمييزاً كما هو المعهود في الدول ذات نظام القضاء المزدوج. ومن جانب آخر كان قضاة هذه المحاكم قضاة مدنيين غير متخصصين في الأمور الادارية، إذ اشترط قانون المحاكم الادارية تولي حاكم واحد من حكام الصنف الاول او الصنف الثاني مهمة القضاء في المحكمة الادارية في حين ان المحاكم الادارية في فرنسا ومصر تتألف من هيئة من القضاة للحيلولة دون الافراد في اتخاذ القرارات او اصدار الاحكام التي تحتاج الى التدقيق والبحث المستفيضة. كما وان انشاء هذه المحاكم حصل في كل منطقة استئنافية وضمن تشكيلات المحاكم القضائية بناء على امر صادر عن وزير العدل ولم يتم تشكيلها كمحكمة مستقلة عن المحاكم العادية كما هو الحال في فرنسا ومصر. اما تنازع الاختصاص فيما بين المحاكم الادارية نفسها او بينها وبين المحاكم المدنية فكانت تفصل فيه الهيئة العامة لمحكمة التمييز ؛ في حين تكون محكمة تنازع الاختصاص كجهة قضائية مستقلة هي المختصة في حل النزاع في دول القضاء المزدوج^(٨٢٤).

وعلى هذا فان النظام القانوني لهذه المحاكم كان نظاماً مدنياً وليس نظاماً ادارياً، فبالإضافة الى كل الفوارق التي ذكرت اعلاه بين هذه المحاكم والمحاكم الادارية في ظل القضاء المزدوج، فان اجراءات الدعوى امامها كانت تخضع لاحكام القانون المدني وقانون المرافعات المدنية، وكانت تطبق كأصل عام القواعد المدنية على ما يعرض عليها من خصومات تختص بها، بينما تخضع اجراءات الدعوى الادارية في ظل القضاء المزدوج لاجراءات خاصة مختلفة عن اجراءات الدعوى المدنية كما وتطبق المحاكم الادارية في ظل القضاء المزدوج كقاعدة عامة قواعد القانون الاداري على كل ما يدخل في اختصاصها من قضايا. ونظراً للأسباب اعلاه يمكننا القول ان واقع المحاكم الادارية في العراق كان بعيداً كل البعد عن المحاكم الادارية في الدول ذات النظام القضائي المزدوج، ولم تكن تشكل قضاء ادارياً بالمعنى الفني لهذا المصطلح. كما ان

(٨٢٣) عبدالباقى نعمة الله. بحثه السابق. ص ١٧٤ ص ١٧٥.

(٨٢٤) أنظر بهذا الصدد- جعفر ناصر حسين. المحاكم الادارية في العراق. بحث منشور في مجلة القضاء. العددان الاول والثاني.

للسنة الثالثة والأربعون. ١٩٨٨. ص ٥٧ ص ١٩٦ إلى ص ٦٥ - د عثمان خليل عثمان، ص ٤٧. د سامي جمال الدين. المصدر

السابق، ص ٢٦٢.

تسميتها بالمحاكم الادارية كانت تسمية في غير محلها، بل ولدت التباسا وخطا في المعنى، اذ انه يقصد بالمحاكم الادارية في فرنسا ومصر محاكم الدرجة الاولى في تدرج هيئات القضاء الاداري. عليه يمكن القول بان قانون المحاكم الادارية رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ لم يفلح كما كان مؤملا منه في ايجاد قضاء اداري متخصص للفصل في الخصومات الادارية، وكل ما جاء به هو انه اوجد هذه المحاكم لتساعد المحاكم المدنية (محاكم البداية) في التخفيف من الاعباء الملقاة على عاتقها والعمل على منع تراكم القضايا امامها^(٨٢٥).

وقد تم الغاء المحاكم الادارية بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٨ وجاء في الاسباب الموجبة لهذا القانون ما نصه "ونظرا لان هذه الدعاوي -اي الدعاوي الداخلية في اختصاص المحاكم الادارية الملقاة- هي في الاصل من اختصاص محاكم البداية وهي لا تختلف عن الدعاوي المدنية الاخرى المماثلة لها في وسائل اثبات فلا حاجة لتشكيل قضاء متخصص..."^(٨٢٦).

وحسنا فعل المشرع العراقي بالغاء هذه المحاكم لانها لم تكن تشكل قضاء اداريا بمفهومه الصحيح المعهود في فرنسا ومصر كما سبق القول فيه، وانها لم تكن سوى محاكم عادية ذات اختصاص محدود، وخاضعة لنفس التنظيم القضائي والاجرائي الذي تتبعه المحاكم المدنية^(٨٢٧).

بقيت هناك طائفة من الدعاوي كانت تخرج عن اختصاص المحاكم المدنية والادارية، فما هي هذه الدعاوي وماهي الجهة صاحبة الاختصاص بنظرها؟.

في هذا الصدد نصت المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣ على انه " للمحاكم ان تنظر في كل ما لا يعتبر من اعمال سيادة الدولة"^(٨٢٨)، فدعاوي التعويض المتصلة باعمال السيادة لا تنظرها المحاكم العراقية لان الدولة غير مسؤولة عن هذه الاعمال، كما ان قانون المطبوعات رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٣ في م/٤١ نص على انه " لا تسمع الدعاوي امام المحاكم بخصوص الاجراءات والعقوبات الادارية المتخذة وفقا لاحكام هذا القانون " ونص ايضا في المادة ٤٣ على انه " لا تسمع الدعاوي المقامة على الحكومة واللجان المكلفة بتطبيق قانون تنظيم الحياة الاقتصادية رقم ٤١ لسنة ١٩٤٣ امام المحاكم كما لا تسمع الدعاوي المقامة على الوزير او اللجان والهيئات القائمة على تنفيذ قانون ضريبة الاراضي الزراعية رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠"^(٨٢٩). فالقضايا المتعلقة بالاجراءات والعقوبات الادارية وكذلك الدعاوي الموجهة ضد الوزير وبعض اللجان التي اوردها قانون المطبوعات خرجت من نطاق رقابة القضاء ولم يحدد هذا القانون اية جهة للنظر فيها. وجاء ايضا في المادة ٥٩ من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل على انه " لا تسمع في المحاكم الدعاوي التي يقيمها على

(٨٢٥) أنظر قريب من هذا المعنى. عبد الباقي نعمة الله، المرجع السابق. ص ١٧٤ ص ١٧٥.

(٨٢٦) جريدة الوقائع العراقية، العدد ٣١٨٨، صادر في ١٩٨٨/٢/٨.

(٨٢٧) في هذا المعنى أنظر د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق. ص ٤٣.

(٨٢٨) قانون السطة القضائية، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٨٢٩) أنظر قانون المطبوعات العراقي لسنة ١٩٦٣ - وقد تم تعديله بقانون المطبوعات رقم ٢٠٦ لسنة ١٩٦٨.

الحكومة، الموظف او المستخدم الذي يدعي بحقوق نشأت من هذا القانون او بموجب قانون الخدمة المدنية رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٦ وتعديلاته او اي نظام صدر بموجبها بل يكون البت في مثل هذه القضايا وما يتفرع عنها في مجلس الانتظاب العام^(٨٣٠). لذا فان مجلس الانتظاب العام هو الجهة المختصة بالنظر في دعاوي الموظفين ضد الحكومة عندما يكون محلها حقوقا نشأت عن قانون الخدمة المدنية النافذ حاليا او الملغى. ويستمد مجلس الانتظاب العام اختصاصه عند الفصل في قضايا الموظفين عن مرجعين قانونيين وهما قانون انتظاب موظفي الدولة رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦ وتعديلاته من جهة^(٨٣١)، ومن قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته من جهة اخرى. ومهما يكن من امر فان مجلس الانتظاب العام لا يرقى الى مرتبة القضاء، فهو مقيد الاختصاص بشؤون الموظفين وتحكمه نصوص قوانين خاصة، كما ان اعضاء هذا المجلس هم من الموظفين المدنيين وليسوا من القضاة المتخصصين في هذا المجال^(٨٣٢). ولكن يمكن القول فيه بانه وجه من اوجه القضاء الاداري متخصص في منازعات الموظفين^(٨٣٣).

-المطلب الثاني-

الاختصاص القضائي بالقضايا الادارية بعد عام ١٩٨٩ :-
يختص القضاء الاداري في العراق في ظل قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩، بنظر منازعات الادارة مع الافراد وتفصل فيها محكمة القضاء الاداري التي تم استحداثها بهذا القانون ضمن تشكيلات مجلس شوري الدولة^(٨٣٤). اما المنازعات التي تقوم بين الادارة وموظفيها فيختص بها مجلس

^(٨٣٠) راجع على محمود الكريسي، رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠.

^(٨٣١) تم إلغاء هذا القانون بموجب المادة ٢٥ من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي (١٤) لسنة ١٩٩٠ والشار اليه سابقا .

^(٨٣٢) د محمد طاهر معروف، مجلس الأنضباط العام، مقال منشور في مجلة الحقوقي، العددان ٢-٣/ص ٥، سنة ١٩٧٣، ص ٥٦.

ص ٧٢ بالاشارة الى ص ٦١.

^(٨٣٣) ويقابل مجلس الأنضباط العام في مصر قضاء التأديب فهي الجهة التي تتولى بمقتضى القانون اختصاص توقيع العقوبات التأديبية المتضمنة على الحرمان من الممتع ببعض أو كل المزايا الوظيفية بعقبة دائمة أو مؤقتة في ضوء شروط محددة قانونا عند ارتكاب الموظف ما يخل بواجبات الوظيفة. كما يختص هذا القضاء بالنظر في شؤون الوظيفة ومسؤولية الموظفين تجاه الادارة ويعقد بناء على طلب من جهة الادارة أو الموظف.

والرأي الراجح في الفقه المصري يؤكد أن قضاء التأديب هو جزء من قضاء الاداري في شكله وموضوعه وطبيعته- للتفصيل في هذا الموضوع انظر د. مصطفى العفيفي و د. بدرية جاسر، السلطة التأديبية بين الفاعلية والضمان، مطبعة حسان القاهرة،

١٩٨٢، ص ٣٢- د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري -قضاء التأديب، المصدر السابق، ص ٤٣٣ ص ٤٣٤.

^(٨٣٤) نشير هنا الى اننا سوف لا نعرض لدراسة كل ما يتعلق بمحكمة القضاء الاداري الوليد كي لا نخرج من اطار دراستنا،

ونكتفي بالاشارة الى بعض جوانب هذا القضاء وفي الحدود التي نخدم بمحنا.

الانضباط العام كهيئة من هيئات مجلس شورى الدولة وفقا لقانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي وقانون الخدمة المدنية^(٨٣٥).

ولابد من القول بان اختصاص مجلس شورى الدولة بموجب قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ والذي حل محل قانون ديوان التدوين القانوني رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٣ والمعدل بقانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٨٥ كان محددا بالتقنين والقضاء الاداري للموظفين وابداء الرأي في الامور القانونية للدولة والقطاع الاشتراكي في ضوء السياسة التشريعية للدولة في مرحلة البناء الاشتراكي وكانت اعمال المجلس سرية^(٨٣٦). ولكن بصور القانون الاخير لمجلس الشورى الذي تشكلت بموجبه محكمة القضاء الاداري للفصل في قضايا المسؤولية ومراقبة القرارات الادارية تحقيقا للمشروعية فضلا عما يقدمه من مشورة قانونية باصداره للفتاوى القانونية المهمة وتدقيقه لمشروعات القوانين ونصوص الاتفاقات والمعاهدات الدولية، خرج النظام القضائي العراقي من دائرة النظام القضائي الموحد (النظام الاتكلسوني)، ليندرج في اطار النظام القضائي المزدوج، وللمرة الاولى تم انشاء قضاء اداري مستقل بنجاح بعد الفشل الذي اصاب المحاولات السابقة لانشاء مثل هذا القضاء^(٨٣٧)، واصبحت هناك الى جانب جهة القضاء العادي التي تنحصر مهمتها برقابة مشروعات تصرفات الافراد أي مدى تطابقها مع القوانين النافذة، جهة القضاء الاداري التي تحقق المشروعية بمعناها الواسع أي مبدأ خضوع الادارة والافراد للقانون.

(٨٣٥) انظر قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩، وزارة العدل، مطبعة العمال، بغداد، ١٩٩٠.

(٨٣٦) المادة الرابعة من قانون مجلس الشورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩، وزارة العدل بغداد، ١٩٨١، ص ٥.

(٨٣٧) وقد جرت محاولات عديدة لتبديل النظام القضائي الموحد في العراق الى نظام القضاء المزدوج وقد تم وضع اكثر من مشروع لانشاء مجلس الدولة العراقي اسوة بمجلس الدولة الفرنسي. واولى هذه المحاولات بدأت في الفترة التي خضع فيها العراق للسيطرة العثمانية التي انشأت مجلس شورى الدولة واصدر عدة قوانين تتعلق بالقضاء الاداري طبقت في العراق. ولكن لم تبت هذه المحاولات بسبب سيطرة الانجليز مع بداية عام ١٩١٤. وقد قدم مشروع لالغاء ديوان التدوين القانوني ليحل محله (مجلس الدولة) يتولى ولاية حسم المنازعات الادارية في عام ١٩٣٦. غير ان المستشار الانكليزي اشار برفض المشروع. كما قدمت مشاريع اخرى لانشاء قضاء اداري عراقي في الاعوام ١٩٥٠، ١٩٥٣، ١٩٥٤، ولكن لم يتم المصادقة عليها من قبل مجلس الوزراء. وقضى الدستور المؤقت الصادر في ١٩ تموز ١٩٥٤ على اهمية انشاء مجلس الدولة، وقدمت وزارة العدل مشروع قانون لانشاء هذا المجلس الا انه ظل مجرد مشروع ولم يترجم الى واقع تطبيقي. واخيرا صدر قانون المحاكم الادارية رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧ لكن اخفق في تحقيق انشاء قضاء اداري مستقل كما سبق ذكرها.

راجع د. عبدالرحمن نورجان، المصدر السابق، ص ٢٥٦ - كامل السامرائي، القضاء الاداري في العراق، مطبعة اسماء، بغداد ١٩٦٣، ص د-هـ - عدنان الخطيب، المصدر السابق، ص ٦٢ - كما وارتفعت الاصوات المنادية بضرورة انشاء قضاء اداري في العراق على غرار فرنسا ومصر واتباع نظام القضاء المزدوج بعد فشل كل المحاولات السابقة للايجاده، ومن هؤلاء اساتذتنا د. سعدي اسماعيل البرزنجي ود. عبدالرحمن رحيم عبدالله - بمجهما الموسوم نظرات في النظام القانوني لانضباط موظفي الدولة في العراق، المرجع السابق، ص ٧٨١.

وإذا كان القضاء الإداري بمثابة قيد على الإدارة لصالح المشروعية، ومن خلالها حماية الحقوق والحريات الفردية، فإنه في الوقت ذاته المدافع عن المصلحة العامة الهدف الأساسي التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها^(٨٣٨).

وعلى ذلك فقد نصت المادة السابعة فقرة ثانيا من قانون مجلس شورى الدولة الجديد على كيفية تشكيل محكمة القضاء الإداري ومكوناتها والاختصاصات المحددة لها، وأسباب الطعن في الدعوى المختصة بها، والإجراءات التي تتبعها المحكمة فيما لم يرد بها نص خاص في هذا القانون حيث تطبق بشأنه أحكام قانون المرافعات وقانون الرسوم العدلية ثم بينت مدى ولاية المحكمة للبت في الطعن المقدم إليها وإن تكون لها الولاية برد الطعن أو الغاء وتعديل القرار الإداري والحكم بالتعويض إن كان له مقتضى (م ٧ ثانيا).

وتمارس الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة مهام محكمة التمييز واختصاصاتها المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية عند النظر في قرارات محكمة القضاء الإداري ويكون قرارها الصادر نتيجة للطعن باتا وملزما (م ٧ ثانيا). وفي ذلك جاء في حكم لهذه المحكمة من أن القرار التمييزي الصادر من الهيئة العامة للمجلس غير قابل للطعن به عن طريق طلب تصحيح القرار التمييزي^(٨٣٩).

أما عند تنازع الاختصاص بين محكمة القضاء الإداري والمحاكم المدنية الأخرى فيكون المرجع في تحديده هيئة تتألف من ستة أعضاء يختار نصفهم رئيس محكمة التمييز من بين أعضاء المحكمة والنصف الآخر يختارهم رئيس مجلس شورى الدولة من بين أعضاء المجلس، ويرأس هذه الهيئة عند اجتماعها رئيس محكمة التمييز ويعتبر قرارها الصادر بالاتفاق أو الأغلبية باتا وملزما. (م ٧ رابعا).

أما نطاق اختصاص القضاء الإداري فقد تضمنته الفقرة (ع) من البند الثاني من المادة السابعة بقولها "تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي بعد نفاذ هذا القانون التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناء على الطعن من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة، ومع ذلك فإن المصلحة المحتملة تكفي إن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من الحاق ضرر بذوي الشأن".

فالظاهر من هذا النص أن اختصاص محكمة القضاء الإداري محدد على سبيل الحصر بالأوامر والقرارات الإدارية التي لم تعين لها جهة للطعن فيها فإذا ما تعين المرجع للطعن في القرار فلا تختص هذه المحكمة بنظرها^(٨٤٠)، كما وإن هذا القانون لم

(٨٣٨) د فاروق احمد الخامس. محكمة القضاء الإداري في ضوء قانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩. بحثه في مجلة العلوم القانونية.

العددان الأول والثاني، المجلد التاسع. ١٩٩٠. ص ٢٠٣ ص ٢٣٥. بالاشارة الى ص ٢٢٠-٢٢١.

(٨٣٩) رقم القرار ١٧/١٨/١٩٩١ - تاريخ القرار ١٩٩١/٥ - الموسوعة العدلية اعداد علي ابراهيم الكرباسي.

العدد الأول، ١٩٩١. ص ١١٧.

(٨٤٠) وقد قضت محكمة القضاء الإداري بعدم اختصاصها في النظر بالامر المطعون فيه القاضي بترقي قيد الطالب (المدعي) إذ

إن له مرجعا للطعن وهو الجامعة التي تتبعها الكلية عملا بحكم المادة ٣٨ من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - رقم القرار ٨/إضارة ١٠/إداري. تمييز ١٩٩١ تاريخ القرار ١٩٩١/٢/١٧ - الموسوعة العدلية، ع ٢. ١٩٩٢. ص ١٢.

يقم ببيان ماهية هذه الاوامر والقرارات التي لم يعين مرجع للطعن فيها لكي تختص هذه المحكمة بنظرها وفي هذا الصدد ذهب البعض^(٨٤١) الى ان اختصاص محكمة القضاء الاداري كما هو وارد في م-٧ هو اختصاص محدود ومتواضع لكونها مختصة بالنظر في الطعون الادارية التي لم يرسم القانون طريقا آخر للطعن فيها.

ولكن الملاحظ ان هذا التحديد الذي يفهم من نص الفقرة د- من م-٧ لا ينسجم وميل المشرع في عدم تقيد اختصاص هذا القضاء وذلك عندما فسح المجال لمحكمة القضاء الاداري ليمتد اختصاصها الى كل تلك القرارات الادارية التي لم يعين مرجع للطعن فيها بنص صريح في القانون وفي هذا بلاشك توسيع من نطاق اختصاص هذا القضاء. كما ونص البند الخامس من م-٧ على انه " لا تختص محكمة القضاء الاداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يأتي:-

أ- اعمال السيادة وتعتبر من اعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية.

ب- القرارات الادارية التي تتخذ تنفيذا لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقا لصلاحيته الدستورية.

ج- القرارات الادارية التي رسم القانون طريقا للتظلم منها او الاعتراض عليها او الطعن فيها.

فيهذا النص يكون المشرع قد حدد الاعمال الخارجة من نطاق اختصاصها، وهذا ما يؤكد قصد المشرع وميله الى عدم جعل اختصاص هذا القضاء محددا بتلك الطائفة من القرارات.

وفيما يتعلق بمسائل التعويض عن الاعمال الادارية التي نحن بصددھا، تختص محكمة القضاء الاداري بالنظر في قضايا التعويض عن القرارات الادارية غير المشروعة وذلك تبعا لدعوى الالغاء والتعديل للقرار الاداري.^(٨٤٢)

ورغم ذلك فان الاختصاص بالنظر في قرارات تضمين الموظفين تكون لجهة القضاء العادي (محكمة البداية) لا لمحكمة القضاء الاداري لان المادة (٦١) من القانون الخدمة المدنية جعلت المحاكم المدنية هي المرجع في الطعن بقرارات التضمين مما يخرج ذلك عن اختصاص محكمة القضاء الاداري.^(٨٤٣)

اما قضايا التعويض عن الاعمال المادية للادارة كحوادث السيارات التابعة للادارة او شق الترع او اقامة الجسور، فان اختصاص الفصل فيها لا يزال منعقدا لجهة

^(٨٤١) في هذا المعنى انظر - د. عصام عبدالوهاب البرزنجي. بحث الموسوم مجلس شورى الدولة وميلاد قضاء اداري عراقي، منشور في مجلة العلوم القانونية، العددان ١-٢، ١٩٩٠، ص ١١٤، ١٨٦، بالاشارة الى ص ١٥٢ - د. شاب توما منصور،

تعليقة على قرار الحكم (رقابة القضاء على انهاء الادارة لقرارها بادارها المفردة)، مجلة القضاء العددان ١-٢، السنة ٤٦، ١٩٩١، ص ٢٨٧، ٢٩٦، بالاشارة الى ٢٩٦

^(٨٤٢) تنص البند ط-فقرة ثانيا- من م-٧ على انه " تبث المحكمة في الطعن المقدم اليها ولها ان تقرر رد الطعن او الغاء او تعديل

الامر او القرار المطعون به مع الحكم بالتعويض ان كان له مقتضى بناء على طلب المدعي. ويكون قرارها قابلا للطعن به تمييزا لدى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة...".

^(٨٤٣) رقم القرار ٨٥/قضاء اداري ٩٩١ في ٢٨ ١١/١٩٩١، تاريخ القرار ٢٣/٢/١٩٩٢ - الموسوعة العدلية، ع ١٩٩٢، ٥، ص ١١

القضاء العادي ولا يدخل في اختصاص محكمة القضاء الإداري بحسب النص. فقضت محكمة التمييز بمسؤولية المدير العام للمنشأة العامة لتوزيع كهرباء المحافظات وذلك بترك عمود الكهرباء بدون صيانة مما سبب أحداث وفاة مورث المدعين، وقد قدر الخبراء التعويض المناسب للمتضررين فيكون ركون محكمة الموضوع الى الزام محدث الضرر اتجاها قانونيا سليما^(٨٤٣)، وفي حكم اخر لها قررت مسؤولية البلدية بتعويض المدعي عن الاضرار التي لحقت به نتيجة هدم المنشآت العائدة له المشيدة على الارض المخصصة لاهل القرية وذلك لمخالفة موقعها للتصميم الاساسي للمدينة، دون ان تتخذ البلدية الاجراءات القانونية التي فرضتها عليها القوانين وقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٣٩٨ في ١٩٨٧/٦/٦^(٨٤٤).

هذا وان قواعد الاختصاص من النظام العام ينبغي مراعاتها ولو لم يدفع بها الخصوم فعلى جهتي القضاء العادي والإداري التقيد بها واصدار القرار على ضوء ذلك.^(٨٤٥) فاذا تخلت جهة الادارة عن نظر قضية تختص بها قانونا واعادتها الى المحكمة المقامة لديها الدعوى للنظر فيها، فان على المحكمة ان تنظر وتفصل في الدعوى لان ذلك من الاختصاص الاصلي للقضاء لانه صاحب الولاية العامة على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية للفصل في جميع المنازعات الا ما استثنى منها بنص خاص^(٨٤٦).

من كل ما تقدم يتضح لنا ان اختصاص محكمة القضاء الإداري في مجلس شورى الدولة هو اختصاص محدود ومتواضع مقارنة باختصاص مجلس الدولة الفرنسي الذي له الولاية العامة للفصل في المنازعات الادارية. وان هذا الاختصاص يشبه الى حد كبير اختصاص مجلس الدولة المصري قبل عام ١٩٧٢ أي قبل ان تقرر له الولاية العامة عندما كان اختصاصه محددًا بمسائل التعويض عن القرارات الادارية فحسب دون الاعمال المادية كما سبق الاشارة اليه. ومن جانب اخر نجد ان المنازعات التي تعرض على هذه المحكمة وحتى في مجال القرارات الادارية غير المشروعة لا تشمل جميع القرارات وانما تقتصر على البعض منها، وفي هذا نقص واضح في مسلك المشرع العراقي بصدد ما اوردته في قانون مجلس شورى الدولة الاخير. لذا نأمل من المشرع اعادة النظر في هذا القانون والعمل على توسيع اختصاصات محكمة القضاء الإداري بحيث يجعل لها الولاية العامة للنظر في جميع القرارات الادارية من حيث الطعن بالالغاء او التعويض (عدا ما يستثنى منها بنص خاص كاعمال السيادة). وذلك لأهمية القرارات الادارية اذا ما علمنا انها من اهم اساليب مباشرة الوظيفة العامة، ومظهر من ابرز مظاهر السلطات والامتيازات القانونية التي تتمتع بها الادارة، حيث تستطيع الادارة

^(٨٤٣) رقم القرار ١/٢١٤/حقوقية ٩١ تاريخ القرار ١٠/١٤-١٩٩١-الموسوعة العدلية، ع ٦، ١٩٩٢، ص ١٠.

^(٨٤٤) رقم القرار ٨٢/رقم الاضبارة ٢٨٤/موسوعة اولى ٩١ تاريخ القرار ٢/١٦-١٩٩٢-موسوعة العدلية، ع ٧، ١٩٩٢، ص ٧.

^(٨٤٥) محكمة القضاء الإداري، رقم القرار ١٦/رقم الاضبارة ١٧١٧ إداري تميز، ١٩٩١ تاريخ القرار ١٩/٥-١٩٩١-الموسوعة العدلية، ع ٣، ١٩٩٢، ص ١٢.

^(٨٤٦) محكمة القضاء الإداري-هيئة عامة -رقم القرار ١٢٨ رقم الاضبارة ١٣٦/موسوعة اولى في ٢٤/٩-١٩٩١-الموسوعة العدلية، ع ١١، ١٩٩٣، ص ١١.

بواسطة قراراتها ان تنشئ حقوقا وتفرض التزامات على الافراد، دون ان تتوقف على قبولهم، وهذا ما يجسد بوضوح فعالية وخطورة القرارات الادارية^(٨٤٧). ولما كانت الاعمال المادية للادارة لا تنقل اهمية عن القرارات الادارية، فضلا عن انها (الاعمال المادية) تعتبر الاكثر اساسا بحقوق وحرية الافراد، لذا يكون ضروريا مد اختصاص محكمة القضاء الاداري ليشمل قضايا التعويض عن الاعمال المادية للادارة. ويتحقق كل ذلك تكتمل صورة القضاء الاداري في العراق كما رسمت صورته في فرنسا. ومن ثم يمكنه ان يساهم في تطبيق وتطوير مبادئ ونظريات القانون الاداري كما عني بابتداعها قضاء مجلس الدولة الفرنسي.



^(٨٤٧) للتفصيل في القرارات الادارية - انظر د. سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص ١٧٧-١٧٨- د. حمدي درويش عبد الحميد، نهاية القرار الاداري عن غير طريق القضاء، دار الفكر العربي، ١٩٨١، ص ١٧-١٨- د. محسن خليل، قضاء الالغاء، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية، ١٩٨٩، ص ١٠-المستشار عبدالوهاب البنداوي، طرق الطعن في العقوبات التأديبية اداليا وقضائيا، دار الفكر العربي، بلا سنة طبع، ص ١٥٧-١٥٩.

- الفصل الثاني -

القواعد الموضوعية التي تطبق على مسؤولية الإدارة

تمهيد وتقسيم:-

كان القانون المدني وحتى ما بعد منتصف القرن الثامن عشر المرجع الاول للعلاقات القانونية التي كانت تنشأ فيما بين الافراد انفسهم او بينهم وبين الادارة. اذ لم يكن القانون الاداري قد ظهر، أي ان القضاء الاداري الفرنسي المتمثل بمجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص لم يشرعا بعد بأنشاء المبادئ والقواعد الادارية. ومن جهة اخرى فان قاعدة عدم مسؤولية الدولة التي سادت في العصور السابقة حالت بين الادارة وخضوعها لأية قواعد قانونية، ما لم تكن قد تجردت مختارة من صفتها كصاحبة السيادة وتصرفت كشخص عادي^(٨٤٨).

وقد ارتبط ظهور قواعد المسؤولية الادارية بنشوء القضاء الاداري الذي استطاع فعلا ان يقيم قانونا اداريا مستقلا اصبح يمثل السبب المرجح لوجود هذا القضاء بعد ان زال سبب وجوده التاريخي وهو حماية الادارة^(٨٤٩).

فكانت القاعدة العامة في هذا المجال هي ان القواعد الموضوعية التي تحكم مسؤولية الادارة ترتبط بالقواعد التي تنظم الاختصاص القضائي، فاذا ما اخضعت قواعد الاختصاص دعوى مسؤولية الادارة الى جهة القضاء العادي فان القانون الذي يسود هذا القضاء هو الذي يطبق على المسائل التي تعرض عليه، في حين تكون قواعد القانون الاداري هي المطبقة اذا ما انعقد الاختصاص لجهة القضاء الاداري في الدولة^(٨٥٠).

هكذا تصبح قضايا مسؤولية الادارة خاضعة لنوعين من القواعد، القواعد المدنية و القواعد الادارية، اعتمادا على جهة القضاء صاحبة الاختصاص. و سوف نتكلم عن القواعد الموضوعية لمسؤولية الادارية في ثلاثة مباحث، نخصص المبحث الاول للكلام عن القواعد الموضوعية في فرنسا، ونفرد المبحث الثاني للكلام عن القواعد الموضوعية في مصر، اما المبحث الثالث فنعقده للكلام عن القواعد الموضوعية في العراق.

(٨٤٨) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الاداري. مطبعة عين شمس. ١٩٨٦. ص ١٧.

(٨٤٩) د. ماجد راغب الحلو. المصدر السابق. ص ١٧٩.

(٨٥٠) انظر د. سعد الشرقاوي، المنازعات الادارية دار النهضة العربية. القاهرة. ١٩٧٦. ص ٤٦-و د. محمود عاطف. المصدر السابق. ص ١٧٩.

-المبحث الاول-

القواعد الموضوعية لمسؤولية الإدارة في فرنسا

بعد ان استقر مبدأ مسؤولية الإدارة في فرنسا، ثار خلاف حول القواعد التي تحكم هذه المسؤولية، هل هي ذات القواعد المقررة في القانون المدني و السائدة في العلاقات فيما بين الافراد، ام انها تخضع لقواعد اخرى مغايرة و مستقلة عن القواعد المدنية و بالتالي يمكن تطبيقها على منازعات الادارية كافة؟ فالقضاء العادي كان يرى ان هذه المسؤولية يجب ان تخضع للقواعد المدنية، واكدت محكمة النقض في احكامها ضرورة تطبيق م/١٣٨٤ مدني على قضايا مسؤولية الإدارة بينما ذهب القضاء الاداري بعكس هذا الاتجاه اذ كان يرى ان لمسؤولية الإدارة طبيعتها الخاصة و خصائصها المميزة مما يجعل من غير المعقول اخضاعها للقواعد المدنية موضحا ان لمسؤولية الإدارة قواعد تختلف عن القواعد المدنية، و كان لحكم Rotchild الصادر عن محكمة التنازع في ٦ كانون الاول ١٨٥٥ و من بعده حكم Blanco ١٨٧٣ دورا اساسيا في ابراز استقلال قواعد المسؤوليتين المدنية و الادارية^(٨٥١).

تبعا لذلك اصبح هناك ازدواج في القواعد التي تحكم مسؤولية الإدارة كل منها مختلفة عن الاخرى و مستقلة عنها، قواعد مقررة في القانون المدني من جهة، و قواعد مقررة في القانون الاداري من جهة اخرى.

ولكن تقرير اية قواعد قانونية يلزم تطبيقها في مجال مسؤولية الإدارة لم يكن امرا سهلا، حيث ثار بصدد ذلك في بادئ الامر خلافات حادة على صعيد الاجتهاد و الفقه، و تعددت حوله اراء الفقهاء، و بالتالي تولد عنها اتجاهان فقهيان، الاتجاه الاول يرى ضرورة تطبيق قواعد القانون الاداري على قضايا مسؤولية الإدارة، و سموا بأنصار حكم بلاتكو و الاتجاه الثاني رأى عكس ما ذهب اليه الاول و طالب بتطبيق قواعد القانون المدني على تلك القضايا، و هؤلاء هم المعارضون لحكم بلاتكو^(٨٥٢). وقد تذرع انصار كل اتجاه بحججهم كما يلي:-

اولا:-الحجج التي استند اليها انصار تطبيق قواعد القانون الاداري على قضايا مسؤولية الإدارة.

الحجة الاولى-قال بها Leferriere و تتلخص في ان نصوص القانون المدني المطبقة على مسائل التعويض ضد الإدارة هي المواد (١٣٨٢-١٣٨٤)و التي لايمكنها ان تحكم القضايا الادارية، لانها تتكلم عن مسؤولية الانسان (L'homme) و لفظ الانسان لا يشمل الاشخاص المعنوية العامة (الإدارة) و إن جاز ان ينصرف الى الاشخاص المعنوية الخاصة. و هذا التفسير يكون متفقا و منسجما مع قصد واضعي القانون المدني

^(٨٥١) انظر د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٣٢٠- ر د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري-قضاء التعويض، المصدر

السابق، ص ١١٠.

^(٨٥٢) انظر د. سعاد الشرفاوي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ١٠.

الفرنسي. و من جانب آخر فإن مسؤولية الاشخاص العامة لم تكن مقررّة ابان تشريع هذا القانون في مطلع القرن التاسع عشر، فيكون من غير المنطقي ان يتكلم المشرع عن مسؤولية هذه الاشخاص في وقت لم تكن تلك المسؤولية قد تقرّرت^(٨٥٣).

الحجة الثانية:- ان قواعد القانون المدني التي يراد تطبيقها على مسؤولية الادارة هي المادة ١٣٨٤ مدني فرنسي و التي تنظم علاقة المتبوع بالتابع و هذه العلاقة هي علاقة تعاقدية في حين ان العلاقة بين الادارة و موظفيها هي علاقة تنظيمية^(٨٥٤). لذلك يجب استبعاد القواعد المدنية من هذا المجال والاستعانة بقواعد القانون الاداري فضلا عن أن الاداري كشخص معنوي عام يعمل من خلال افراد يكون البعض منهم رؤساء يشغلون مراكز وظيفية عالية في الجهاز الاداري فلا يمكن اعتبارهم باي حال تابعين للادارة حتى يخضعوا للقواعد المدنية (م ١٣٨٤) مدني فرنسي لانهم ممثلون عن الادارة تذب شخصيتهم في كيانها^(٨٥٥).

الحجة الثالثة:- قال بها الفقهاء Hauriou Duez, Appelen و مؤداها ان قواعد القانون المدني قاصرة عن رعاية مصلحة المضرور، عاجزة عن مواجهة جميع حالات مسؤولية الادارة، من ذلك حالة عدم امكن اسناد الخطأ الى موظف معين او الى مجموعة من الموظفين بعينهم، فتكون قواعد مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع عاجزة عن اسعاف المضرور فيحرم بالتالي من حقه في رفع الدعوى ضد جهة الادارة^(٨٥٦).

الحجة الرابعة:- اعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات و لضمان استقلال القواعد الادارية و حماية للادارة و نشاطها من اعتداء السلطة القضائية، يجب منع المحاكم القضائية من اختصاصها الى قضايا مسؤولية الادارة و بالتالي العمل دون تطبيق قواعد المسؤولية

^(٨٥٣) راجع د. مصطفى كامل، شرح القانون الاداري، ط١، مطبعة النجاح، بغداد، ١٩٤٩، ص ٢٦٢ د. سليمان طماوي،

دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٤٤ د. محمود عاطف، المصدر السابق، ص ١٧٦.

^(٨٥٤) لا بد ان نذكر ان علاقة الموظف بالدولة لم تكن ذات طبيعة قانونية واحدة منذ البدء اذ مرت بمراحل عديدة، فقد اعتبرت

انها علاقة تعاقدية خاصة تحكمها قواعد القانون المدني قبل انشاء مجلس الدولة الفرنسي اذ كانت محكمة بالمادة ١٣٨٤ مدني

فرنسي، ثم اعتبرت انها علاقة تعاقدية محكمة بقواعد القانون العام. و في تطور لاحق اعتبرت انها علاقة تنظيمية محكمة

بالقوانين و اللوائح الادارية فخرجت بالتالي من اطار العلاقة التعاقدية سواء بوصفها عقد القانون العام او عقد القانون

الخاص. انظر د. محمود محمد حافظ، القرار الاداري، المصدر السابق، ص ١٦ و ما بعدها د. عبد الحميد كمال الحشيش،

دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي/ مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٤، ص ٥٤ - عبد الغني بسيوي، المصدر السابق،

ص ٢٠٢ د. شاب توما منصور، القانون الاداري، الكتاب الثاني، ط١، بغداد، ١٩٨٠، ص ٢٩١.

^(٨٥٥) -المعيد ليون ديكي، دروس في القانون العام، المصدر السابق، ص ٢٦ وما بعدها د. مصطفى كامل، المصدر

السابق، ص ٢٦٢.

^(٨٥٦) انظر دروس الاستاذ روسو التي القاها على طلبة دبلوم القانون العام في جامعة باريس، سنة ١٩٤٢-١٩٤٨، ص ٨٥ و

ما بعدها مشار اليها في مؤلف د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري-قضاء التمييز، المصدر السابق، ص ١١٢.

المدنية عليها^(٨٥٧). و على هذا الاساس فان المرافق العامة الادارية تخضع دائما و بصفة اساسية لمبادئ و احكام القانون الاداري بمعنى انها تدار وفقا لأساليب القانون العام و من ثم يختص القضاء الاداري بقضاياها لان القضاء العادي لا يملك السلطة اللازمة للحكم على الإدارة^(٨٥٩).

ثانيا: الردود التي قدمها انصار تطبيق قواعد القانون المدني على قضايا مسؤولية الإدارة.

على الرغم من وجهة الحجج التي اوردها انصار تطبيق القواعد الادارية و استبعاد القواعد المدنية من نطاق مسؤولية الإدارة، الا ان انصار هذا الاتجاه استطاعوا الرد على تلك الحجج و الدفاع عن وحدة قواعد المسؤولية، و صلاحية قواعد المسؤولية المدنية للتطبيق على الإدارة.

وفي معرض الرد على الحجة الاولى - القائلة بعدم امكان تطبيق قواعد القانون المدني على قضايا التعويض ضد الإدارة لكون تلك القواعد تخاطب الانسان لا الاشخاص المعنوية اجابوا بان ذلك قول لا يمكن القبول به ذلك لان التفسير الحرفي لكلمة L'hommes الواردة في نص القانون يعني الرجال - وكما نعلم فان القانون يخاطب الاشخاص و ليس الرجال، كما ان هذا التفسير يفترض عدم شمول النص للنساء في حكمه، و هي نتيجة في غاية الشذوذ. فضلا عن ان الاستاذ لا فريار نفسه الذي اورد هذه الحجة عاد الى القول بإمكانية تطبيق النصوص المدنية على الاشخاص المعنوية الخاصة و لا نشك ان هؤلاء الاشخاص ليسوا من نوع الانسان لذا فان هذه الحجة تتناقض مع نفسها في المضمون و تعارض المنطق السليم، فلا يمكن التسليم بها^(٨٥٢). وفيما يتعلق بالحجة الثانية القائلة بان القواعد المدنية لا يمكنها ان تحكم مسؤولية الإدارة لاختلاف طبيعة العلاقة في حالة الموظف و الإدارة عنها في حالة المتبوع و التابع، فقد ذهب انصار هذا الاتجاه الى ان علاقة الموظف بالإدارة و ان كانت علاقة تنظيمية عامة و ليست علاقة تعاقدية كالتى تربط المتبوع بالتابع الا ان الذي يجمعهما هو حق الإدارة و المتبوع في رقابة و توجيه كل من الموظف و التابع و هذه هي مناط مسؤولية الشخص عن الفعل الغير^(٨٦٠).

ونحن نؤيد ذلك ونقول ان كلنا المسؤوليتين المدنية و الادارية تجمعهما الوسيلة وهي الرقابة و الاشراف التي تمارسهما الإدارة او المتبوع، لكن وحدة الوسيلة لا تعني بالضرورة وحدة القواعد القانونية اذ ان القواعد القانونية يجب ان تكون متلائمة مع طبيعة العلاقات القانونية، و حيث ان علاقة الموظف قد تغيرت من علاقة تعاقدية الى علاقة تنظيمية فنرى ضرورة وجود قواعد اخرى تتميز عن قواعد المسؤولية المدنية.

^(٨٥٧) راجع د. محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الادارية، المصدر السابق، ص ٢٢٩- د. سليمان الطساوي، ص ١١٢- د. محمود عاطف، المصدر السابق، ص ١٧٧.

^(٨٥٩) H.L. Mazeaud et Andre tunc, op.cit.p.963.

^(٨٦٠) د. محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الادارية... المصدر السابق، ص ٢٣١- انظر ايضا د. محمود عاطف، المصدر السابق، ص ١٧٨- د. سعاد الشراقي، المنازعات الادارية، المصدر السابق، ص ٤٩.

اما بخصوص عدم شمول النصوص المدنية في احكامها الموظفين ذوي الدرجات الوظيفية العالية (الممثلين) باعتبار انهم ليسوا تابعين بل تختلط شخصيتهم بشخصية الادارة.

فيرد انصار تطبيق القواعد المدنية على ذلك بالقول بأن المادة ١٣٨٤ من التقنين الفرنسي لا يمكن ان تكون الا مسؤولية عن فعل الغير وبما ان الادارة كشخص معنوي عام ليس بإمكانها ممارسة اعمالها الا بواسطة اشخاص طبيعيين فلا بد ان تكون مسؤوليتها في كل الاحوال عن فعل هؤلاء الاشخاص أي عن فعل الغير. هذا من جهة، كما أنه ليس من الحتمي اسناد مسؤولية الادارة الى المادة ١٣٨٤ المتعلقة بالمسؤولية التبعية، بل يمكن اسنادها الى المادة ١٣٨٢ أي اقامتها على اساس الخطأ المباشر، من جهة اخرى^(٨٦١).

الا اننا لا نتفق مع ما جاء في الشرط الاول من هذا الرد في ضرورة كون مسؤولية الشخص المعنوي العام في كل الاحوال مسؤولية عن فعل الغير، لأنه وكما سبق القول بأن الادارة يمكنها ارتكاب الخطأ وهذا هو السبب في ان قضاء مجلس الدولة الفرنسي أبتدع نظرية التمييز بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي، اذ ان الاخير يعني ان الادارة هي التي ارتكبت الخطأ وان صدر عن الموظف من الناحية المادية. وفي معرض الرد على الحجة الثالثة و المستندة على قصور القواعد المدنية عن مراعاة مصلحة المضرور عندما يكون مرتكب الخطأ مجهولا، يقول أنصار تطبيق القواعد المدنية بأن القاتون المدني كما هو الحال بالنسبة للقانون الاداري لا يشترط لتقرير مسؤولية المتبوع او الادارة وجوب اثبات المضرور لخطأ تابع او موظف معين، وانما يكفي اثبات وقوع الخطأ ليرتب مسؤولية المتبوع او الادارة وان كان التابع او الموظف مرتكب الخطأ مجهول، فيزول بذلك كل اختلاف بين القانونين المدني والاداري في هذا المجال^(٨٦٢).

وفيما يتعلق بالحجة الرابعة التي تجعل مبدأ الفصل بين السلطات وحماية استقلالية الادارة مرهونة بعدم تطبيق القواعد المدنية في مجال مسؤولية الادارة أي منع جهة القضاء العادي من النظر في قضايا مسؤولية الادارة، فيرد البعض عليها بالقول بأن الحكم بمسؤولية الادارة هو في الحقيقة اقرار وتسجيل لمديونية الادارة ولا فرق بين ان يصدر هذا الاقرار عن القضاء العادي او القضاء الاداري^(٨٦٣)، واذا كان تقرير مديونية الادارة بسبب خطئها يمكن ان يصحبه او يتبعه اضطراب او ازعاج او مسؤولية الادارة فان هذا الاضطراب او الازعاج او المسؤولية ليس مصدره القضاء ولا نتيجة لحكم القضاء لان مهمة القضاء تنتهي بمجرد اقرار المديونية. اما حقيقة الازعاج او الاضطراب الذي يمكن ان يحدث بالنسبة للادارة فتتحدد في ان التعويض يدفع من ميزانية المصلحة او الجهة الادارية التي وقع منها الخطأ. فإذا ما زادت اخطاء جهة

^(٨٦١) انظر د. سليمان الطامري، القضاء الاداري- قضاء التعويض... المصدر السابق، ص ١١٢- د. سعد الشراوي، المازعات الادارية، المصدر السابق، ص ٤٧-٤٩.

^(٨٦٢) Rene Chapus, Op.Cit.p.235.No.221.

^(٨٦٣) انظر د. محمود عاطف، المصدر السابق، ص ١٧٧- د. مصطفى كامل، المصدر السابق، ص ٢١٣.

الإدارة، وإضطرت الى طلب اعتماد جديد في ميزانيتها لسداد التعويضات، فانها تكون عرضة للمساءلة امام وزارة المالية او البرلمان او الرأي العام^(٨٦٤).

لذا فان حماية استقلال الإدارة ومنع اضطراب اعمالها لا تعتمد على نوع القواعد المطبقة بشأنها او القضاء صاحب الاختصاص، وانما يكمن ذلك في اسباب تتعلق بالسياسة الادارية كما اشرنا اليها اعلاه.

و ازاء هذا الوضع من عدم استقرار الفقه و التعارض بين جهتي القضاء بصدد القواعد التي تحكم مسؤولية الإدارة كان من الضروري ان تتدخل محكمة التنازع الفرنسية لتضع حلا لهذه المسألة التي اختلفت بشأنها الاراء، وبالفعل فقد تدخلت محكمة التنازع بمناسبة حكمها في قضية بلاتكو سنة ١٨٧٣^(٨٦٥)، مقررّة فيه وجهة نظر مجلس الدولة على اطلاقها في عدم اخضاع المنازعات الادارية لأحكام المسؤولية المقررة في القانون المدني، واستقلال احكام المسؤولية الادارية^(٨٦٦).

و مهما يكن من امر فقد استقر الوضع القانوني في فرنسا على اثر هذا الحكم، والتزمته محكمة النقض في احكامها، وتبعتها في ذلك سائر المحاكم القضائية.

ولكن بالرغم من ذلك فان الخلاف ظل قائما بين الفقهاء حول طبيعة القواعد التي يجب ان تحكم مسؤولية الإدارة، الا ان مجلس الدولة الفرنسي استمر في موقفه الداعي الى ضرورة تطبيق قواعد المسؤولية الادارية على جميع المنازعات الادارية بعكس القضاء العادي الذي كان يطبق قواعد المسؤولية المدنية على كافة المنازعات سواء المدنية منها أو الادارية^(٨٦٧).

اما الاسباب التي استند اليها مجلس الدولة الفرنسي في موقفه هذا، فانها ترجع لسياسته القضائية في عدم التقيد مسبقا بقواعد جامدة، واستنباط هذه القواعد من مقتضيات الواقع الاداري ليحتفظ لنفسه بحرية حركة و التطور الذي تقتضيه طبيعة المنازعات الادارية، يضاف اليه ان الاوضاع الادارية في فرنسا كانت تسودها مبدأ عدم مسؤولية السلطة العامة ولكن تغير الوضع بعد ذلك عندما اقر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ المسؤولية الادارية بصفة عامة فأراد في بادئ الامر ان يلطف من حدته بعدم إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مجال الإدارة لكونها تعادي مصلحة الخزانة وتتعارض مع حسن سير المرافق العامة، وان المصلحة تقتضي فسح المجال امام

(٨٦٤) Just Luchet: L arret Blanco, 1935, (these de doctorat). P.275-276.

مشار اليه في مؤلف د.محمد فزاد منها: المسؤولية... المصدر السابق، ص ٢٣٢.
(٨٦٥) وتلخص وقائع القضية في ان الصغيرة Agnes Blanco صدمتها احدى العربات التابعة لمصنع التبغ المملوك للدولة، فحرك والد الصغيرة دعوة تعويض امام القضاء العادي مستندا الى قواعد القانون المدني في التعويض فدفع مدير المقاطعة بعدم اختصاص القضاء العادي بنظر هذه الدعوة، فعرضت الدعوة على محكمة التنازع فقضت بصحة الدفع و ان الاختصاص ينعقد للقضاء الاداري و حده باعتبار ان المسؤولية تتعلق بالمرفق العام.راجع د. سعد الطماوي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ١١٣.

(٨٦٦) د. سليمان طماوي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ١٧٩.

(٨٦٧) د.محمد شافعي أبو الراس، المصدر السابق، ص ١٥٧-د.محمود عاطف، المصدر السابق، ص ١٦٥.

مجلس الدولة لينشئ قواعد جديدة لمسؤولية الإدارة وليستبعد القواعد المدنية من هذا المجال^(٨٦٨).

وبعد كل ذلك يمكن تصنيف القواعد الموضوعية التي تحكم مسؤولية الإدارة في فرنسا بما يلي:-

١- القواعد التي أسسها مجلس الدولة الفرنسي والتي صاغها من خلال أحكامه في قضايا المسؤولية وعلى أساس تلك القواعد أقام الفقهاء مبادئ للمسؤولية أطلق عليها (القانون العام للمسؤولية).

٢- قواعد القانون المدني وتحكم قضايا مسؤولية الإدارة كلما نص المشرع على اختصاص المحاكم القضائية بها. ومن ذلك قضايا المسؤولية الناتجة عن نشاط المصالح العامة ذات الصبغة التجارية أو الصناعة وكذلك المسؤولية عن أعمال الغصب و الاعتداء المادي، كما تخضع مسؤولية الإدارة للقواعد المدنية إذا ما رفعت الدعوى تبعا للدعوى الجزائية و الثابت ان مجلس الدولة قد اعمل هذه القواعد في الحوادث التي كانت تؤدي الى قيام مسؤولية الإدارة عن اضرار التي تلحق بالأفراد وهم ينقلون مجانا في سيارات تابعة لجهة الإدارة^(٨٦٩).

٣- الطائفة الثالثة من قواعد التي تحكم مسؤولية الإدارة هي تلك التي تنظمها قوانين خاصة ويطلق عليها الفقهاء (النظام القانوني للمسؤولية)، وهذه تختلف عن القواعد العامة المدنية و الإدارية في ان بعضها يعفي من المسؤولية (كقانون مرفق البريد للسنة الخامسة من الثورة الفرنسية) وبعضها الاخر يوسع من نطاقها (كالقوانين الخاصة بأضرار الحرب و الاضرار الناجمة عن المظاهرات و اعمال الشغب). وهناك قوانين تحدد من المسؤولية عند توفر شروط معينة و منها ما يستبدل بمسؤولية الموظف مسؤولية الإدارة (كاحلال وزارة التعليم محل المعلمين عن الاضرار الناجمة عن مزاوله واجباتهم الوظيفية)^(٨٧٠).

هكذا يتبين لنا ان مسؤولية الإدارة تحكمها قواعد متباينة، ويقوم مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق هذه القواعد على قضايا المسؤولية دون تقيده في ذلك بضابط معين، وهذا بلاشك يكشف عن سر قوة ونجاح هذا القضاء وقدرته على مسايرة الاحداث و التطورات في مجال الإدارة.

وفي الفترة الاخيرة ظهر اتجاه في القانون يهدف الى تقريب قواعد المسؤولية المدنية و قواعد المسؤولية الادارية، ومن ذلك اقرار المسؤولية المفترضة بجانب الإدارة عن المخاطر الناجمة عن استعمال وسائل النقل مشابهة في ذلك للإفترض الذي قرره المادة ١٣٨٤ من التقنين و الخاصة بمسؤولية حارس الاشياء من الاضرار الواقعة بسبب استعمال هذه الاشياء. ومن ذلك ايضا ما اقره مجلس الدولة من مسؤولية الإدارة عن الاعمال الضارة لموظفيها و الناتجة عن مخالفتهم للأوامر الادارية المماثلة

(٨٦٨) انظر د. سعاد الشراوي، ص ٦٠-٦١- وايضا د. مصطفى كامل، المصدر السابق، ص ٢٦٣.

(٨٦٩) انظر سليمان الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٤٧-د. ماجد راغب الحلو، المصدر

السابق، ص ١٧٣-١٧٢.

(٨٧٠) انظر د. سليمان الطماوي، ص ٤٨.

لأحكام الصادرة عن محكمة النقض بشأن مسؤولية المتبوعين عن تجاوز التابعين لحدود وظائفهم^(٨٧١).

ولكن إذا كان صحيحاً من حيث المبدأ إخضاع المنازعات الإدارية لقواعد المسؤولية الإدارية و إخضاع المنازعات التي تنشأ في نطاق القانون الخاص بين الأفراد لقواعد القانون المدني إلا أن ذلك لا يمنع في أن تطبق قواعد إحدى المسؤوليتين على القضايا التي تدخل في نطاق قواعد المسؤولية الأخرى. والدليل على ذلك محكمة السين الفرنسية التي هي محكمة ضمن القضاء العادي قد لجأت الى تطبيق قواعد المسؤولية الإدارية في قضية د.جيري^(٨٧٢)، رغم أن قواعد المسؤوليتين المدنية والإدارية قائمة و موجودة في فرنسا و مع ذلك فإن المحكمة قد أخضعت هذا النزاع الى قواعد المسؤولية الإدارية لأن ظروف القضية كانت تستوجب تطبيق هذه القواعد عليها.

وبذلك يتضح لنا أن القضاء ليس ملزماً دائماً بتطبيق نوع معين من قواعد المسؤولية كأن يطبق قواعد المسؤولية المدنية دائماً على المنازعات التي تنشأ في إطار القانون الخاص.

(٨٧١) Vedel, droit administratif, 3. ed, thesis, paris, 1964, p.249-250

(٨٧٢) وتتلخص وقائع القضية في أن د. جيري توجه بأمر من الشرطة القضائية الى فندق ليقدم تقريره عن نزاع ماتوا اختناق بسبب الغاز، وثناء قيامه بفحص الجثث، حدث انفجار شديد في فندق أدى الى اصابته بجروح، و لم يشأ الطبيب مطالبة اصحاب الفندق بالتعويض لأنهم ايضا ماتوا في الحادث ولا لورثتهم لكون ذمهم لم تكن عامرة فوجه بدعوى الى الدولة امام محكمة السين المدنية ولكن المدعي لم يتمكن من اثبات خطأ الدولة او رجال الشرطة و بموجب القواعد المدنية ينبغي رفض دعواه. ولكن المحكمة استعانت بالقواعد الإدارية في المسؤولية فقضت بالتعويض للمدعي استنادا الى نظرية المخاطر. فأيدت محكمة النقض قرار محكمة السين المدنية. انظر د. شاب توما منصور، القانون الإداري في العراق واتجاهات محكمة التمييز، بحثه في مجلة القانون المقارن، ٢٤، ٢، ص١٩٦٨، ص١٠٣، ١٢٩ ص١٢٩ بالاشارة الى ص١١٦ - انظر ايضا د. سعاد الشراقي، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص١٠.

-المبحث الثاني-

القواعد الموضوعية لمسؤولية الإدارة في مصر

ان الموقف في مصر بالنسبة للقواعد التي تطبقها كل جهة من جهتي القضاء على دعاوي مسؤولية الإدارة، هو ان القضاء العادي يلزم بتطبيق قواعد المسؤولية المنصوص عليها في القانون المدني على الدعاوي التي تدخل في اختصاصه، بينما يحاول مجلس الدولة المصري التحلل من هذه القواعد لتحل محلها قواعد أخرى تملئها طبيعة المنازعات الادارية. فهو يطبق في الدعاوي التي تدخل ضمن اختصاصه القواعد والنظريات التي وضعها مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد، مستعينا في قضائه هذا بقواعد المسؤولية المنصوص عليها في القانون المدني و على الاخص المادة ١٧٤ المتعلقة بالمسؤولية التبعية و ذلك لعدم نضوج القواعد الادارية في مصر كي تطبق وحدها على المسائل الادارية^(٨٧٣)، هذا وان مجلس الدولة المصري لم يساير زميله الفرنسي في التطور الذي أحدثه خصوصا في مجال مسؤولية الإدارة بحجة ان النصوص المدنية كافية ويمكن تطبيقها على الافراد و الإدارة على حد سواء فلا داعي لخلق نظرية ادارية لمسؤولية الدولة وبقية الاشخاص العامة. مع الأخذ بالأعتبار حداثة عهد هذا القضاء نسبة لمجلس الدولة الفرنسي الذي يسبقه بأكثر من قرن من الزمان^(٨٧٤).

وفي الواقع أن المحاكم العادية المصرية و على رأسها محكمة النقض لم تتردد اول الامر في اعتبار القواعد المدنية قواعد عامة لحكم مسؤولية الإدارة، فلائحة ترتيب المحاكم المختلطة و الوطنية، التي ولدت مع المحاكم الحديثة، نصت صراحة على اختصاص تلك المحاكم بنظر قضايا مسؤولية الإدارة ومن ثم لا يمكن ان يقال ان قواعد القانون المدني في المسؤولية مقصورة على الافراد ولم يضعها المشرع لكي تحكم المنازعات الادارية، لان المشرع وهو ينص في لائحة ترتيب المحاكم على اختصاصها بهذا النوع من المسؤولية لو انصرف ذهنه الى هذا المعنى، لوضع لتلك المحاكم قواعد خاصة تطبقها على القضايا الادارية، ولكنه لم يفعل ذلك فيكون قد احوالها الى القواعد المدنية في هذا الصدد.

كما ورفضت هذه المحاكم ان تنساق وراء ما دعتها اليه الحكومة على لسان محامي اقلام القضايا من ضرورة الأخذ بالمبادئ المقررة في فرنسا من التفرقة بين الخطأ الشخصي والمرفقي ومن ذلك حكم محكمة النقض في ١٠ نيسان ١٩٣٣ الذي نص على "...ان الحكم المطعون فيه اخطأ في تطبيق القانون اذ قضى بمسؤولية الحكومة مدنيا عما وقع من المتهم استنادا الى نصوص القانون المدني الخاص بالمسؤولية

(٨٧٣) انظر في هذا المجال د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الاداري، المصدر السابق، ص ١٨- د. سامي جمال الدين،

المصدر السابق، ص ١٧- د. سليمان طماوي، القضاء الاداري- قضاء التعويض، المصدر السابق، ص ١١٦.

(٨٧٤) د. احمد عبد القادر الجمال، القانون الاداري المصري و المقارن، ج ١، ١٩٥٥، ص ٢٩.

التبعية، مع ان مسؤولية الحكومة لاتصح ان تبني على قواعد القانون المدني، وانما يجب الرجوع فيها الى قواعد القانون العام^(٨٧٥).

ولم يتغير الحال في القانون المدني الحالي ولا في قانون نظام القضاء ولا في قانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ ولا في القوانين اللاحقة، واستمر هذا المسلك ساريا بالنسبة للمحاكم العادية بعكس مجلس الدولة المصري الذي بدأ يستبعد تطبيق القواعد المدنية لنفس الاعتبارات التي استند اليها مجلس الدولة الفرنسي^(٨٧٦).

و القول الصحيح في هذا الموضوع هو ان المحاكم العادية وان كانت قد اعتادت على تطبيق القانون المدني على مسائل التمييز الموجهة ضد الادارة الا انه ليس هناك أي نص لا في قانون نظام القضاء الحالي أو السابق في قانون السلطة القضائية الحالي (رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥) تلزم هذه المحاكم بتطبيق القواعد المدنية على تلك المنازعات وتمنعها من اللجوء الى قواعد المسؤولية الادارية^(٨٧٧).

اما مفهوم القواعد الادارية للمسؤولية في مصر سواء لدى القضاء الاداري او الفقه فهو نفس المفهوم الفرنسي كما وان ذات التبريرات التي اعطيت له في فرنسا تمسك بها الفقه والقضاء في مصر، يضاف اليه ان هذا القضاء لم يثبت جدارته في خلق نظريات وقواعد ادارية غير تلك المعروفة لدى مجلس الدولة الفرنسي^(٨٧٨).

(٨٧٥) حسن الفكهاني، مرجع السابق، ص ٤٢.

(٨٧٦) انظر د. محمد مهنا، حقوق الافراد... المصدر السابق، ص ٤٢٩- ر ايضا د. سليمان طماوي، القضاء الاداري - قضاء

التمييز... المصدر السابق، ص ٢٦٠-٢٦١.

(٨٧٧) د. شاب توما منصور، القانون الاداري، الكتاب الاول، المصدر السابق، ص ٢٢-٢٣.

(٨٧٨) د. رياض عيسى، المصدر السابق، ص ٥٤.

-المبحث الثالث-

القواعد الموضوعية لمسؤولية الإدارة في العراق

ان القواعد الموضوعية التي تطبقها المحاكم العراقية على قضايا مسؤولية الإدارة لم يكن أمرها واضحا، إذ لم تكن هناك وحتى وقت قريب سوى جهة قضائية واحدة تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد او بينهم وبين الإدارة وهي جهة القضاء العادي. وقد ثار خلاف في الفقه العراقي بشأن مدى صلاحية هذه الجهة لتطبيق قواعد ومبادئ القانون الإداري على تلك المسائل وهذا الخلاف كان ذا صلة وثيقة بالمشكلة الأساسية السائدة في الفقه المقارن بشأن وجود او عدم وجود القانون الإداري في الدول ذات نظام القضاء الموحد، أي الدول التي لا توجد فيها محاكم إدارية على غرار النظام القضائي الفرنسي.

وبصد ذلك يكاد اجماع الفقهاء ينعقد على وجود القانون الإداري بمعناه الواسع^(٨٧٩)، في كل دولة وان لم تخصص قضاء مستقلا للفصل في المنازعات الإدارية (كالعراق قبل عام ١٩٨٩، ومصر قبل عام ١٩٤٦ وفرنسا قبل عام ١٧٩٧). وهذا يعني ان القضاء الإداري بمعناه الواسع ليس منعما في هذه الدول أي الفصل قضائيا في المنازعات الإدارية دون النظر الى الجهة القضائية التي تتولى هذا الفصل ولا الى نوع القواعد التي تطبقها هذه الجهة القضائية فالعبرة في هذا المدلول بطابع الخصومة كونها إدارية أي الإدارة العامة طرفا فيها دون غيرها من الضوابط^(٨٨٠).

ولكن الخلاف اثير حول وجود القانون الإداري بمعناه الضيق^(٨٨٢)، في الدول ذات النظام القضائي الموحد، إذ ان قواعد هذا القانون من نتائج القضاء الإداري الفرنسي، لذا لا يمكن بناء مفهومه الا من خلال الاحكام القضائية التي تصدرها جهة القضاء الإداري في الدولة وقد انقسم الفقه في ذلك الى اتجاهين منهم، من يرى عدم وجود قواعد القانون الإداري بمفهومه الفرنسي (المعنى الضيق) في الدولة ما لم تكن هناك جهة قضاء اداري متخصصة في القضايا الإدارية. ومن ابرز انصار هذا الاتجاه الفقيه الانجليزي داسي Dicey فهو يقول "ان انجلترا و الدول التي اخذت عنها مدنياتها

^(٨٧٩) تم تحديد المفهوم الواسع للقانون الإداري من قبل بعض الفقه على انه "مجموعة القواعد القانونية التي تحكم و تنظم الإدارة العامة من حيث كيفية و ماهية البناء و الهيكل الإداري و من حيث تحديد اختصاصات و وظائف و أنشطة هذا الجهاز الإداري و الامتيازات و السلطات المقررة له للقيام بوظائفه، و من حيث تنظيم العلاقات بين الإدارة و الأفراد و ما ينشئ عن هذه العلاقات من اثار قانونية و منازعات، فالقانون الإداري بهذا المفهوم هو مجموعة القواعد القانونية التي يمكن تحديدها من خلال الاشخاص الذين تنطبق عليهم هذه القواعد من السلطات و الاجهزة الإدارية انظر د. رياض عيسى، المصدر السابق، ص ٣٧.

^(٨٨٠) راجع د. شاب توما منصور، ص ٣٤-و ايضا د. احمد عبدالقادر، المصدر السابق، ص ٣٠.

^(٨٨٢) يراود بالقانون الإداري بمعناه الضيق مجموعة القواعد القانونية التي تحكم النشاط الإداري و التي تختلف و تتميز عن قواعد القانون الخاص. انظر د. شاب توما منصور، القانون الإداري في العراق، بحثه السابق، ص ١١٠.

مثل امريكا لا تعرف نظام القانون الاداري ولا المبادئ التي قام عليها هذا النظام". و على هذا فان المرافق العامة تخضع لقواعد القانون العادي نظرا لعدم تبني التمييز الثنائي بين القانون العام و القانون الخاص^(٨٨٣).

كما ذهب عدد من فقهاء العرب بهذا الاتجاه المنكر لوجود القانون الاداري بمعناه الضيق في الدول ذات النظام الاتكلسكسوني. فالدكتور طعيمة الجرف يشرح موقف النظم الاتكلسكسونية من القانون الاداري بمفهومه الفرنسي فيقول "لم يسجل التطور الدستوري الاجلو امريكي للمحاكم مثل هذا الدور الذي أنتهى بالثوار تحت تأثير سوء الظن بهذه البرلمانات الى اعلان حرمان المحاكم التي ورثت نظام البرلمانات القضائية من ولاية التصدي المباشر او غير المباشر لأعمال الادارة العامة بل على النقيض سجل التأريخ الدستوري الانجلو امريكي قدر كبيرا من التضامن و التعاون بين المحاكم و التشريع بهدف تحديد مجالات تجاوز الهيئة التنفيذية"^(٨٨٤).

كما ويرى الدكتور ثروت بدوي ان القانون الاداري بمعناه الضيق لا يوجد في جميع الدول ذات النظام القضائي الموحد مهما بلغ مستوى التقدم فيها، وانه يوجد فقط في تلك الدول التي تخصص للخصومات الادارية او على الأقل لجانب من هذه الخصومات، قضاء مستقلا و قواعد خاصة مستقلة عن القانون الخاص. اما حيث تخضع الادارة لنفس القضاء وتطبق على منازعاتها مع افراد نفس القواعد التي تطبق على الخصومات العادية بين الافراد، فلا يوجد قانون اداري بالمعنى الضيق^(٨٨٥).

وفيما يتعلق بالقواعد الادارية في مجال المسؤولية، يرى الاستاذ حامد مصطفى أنه لا يوجد في نطاق المسؤولية الادارية في القانون العراقي سوى قواعد المسؤولية المدنية المشرعة في القانون المدني العراقي وتوابعه..... وان القانون العراقي لم يخرج عن النظرية التقليدية القائلة بمساواة الافراد و الادارة في العلاقات القانونية التي بينهما في كل دعوى تقوم على المطالبة بحق..... وان الدولة لاتكون مسؤولة عن الاضرار التي تصيب الافراد بسبب العمل الحكومي الا اذا كان القانون يقر هذه المسؤولية فيها بين الافراد انفسهم^(٨٨٦).

ويقول بشان احكام محكمة التمييز العراقية التي استوتحت في مراعاتها للعدالة و الحق المبادئ العامة في البلاد الاخرى(مبادئ القانون الاداري) بأن احكامها كانت مرهونة بأشخاص بعينهم قضوا في مسائل لم يقر قضاؤهم فيها قضاء آخر او محاكم أخرى^(٨٨٧).

(٨٨٣) د. انور احمد رسلان، المصدر السابق، ص ٢٩.

(٨٨٤) للتفصيل انظر ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق، ص ٣٨-٣٩-٤٠. طعيمة الجرف، مبادئ القانون الاداري، المصدر السابق، ص ٥٢.

(٨٨٥) مشار اليه في مؤلف د. شاب توما، القانون الاداري، الكتاب الاول، المصدر السابق، ص ٢٤.

(٨٨٦) أنظر الاستاذ حامد مصطفى، المصدر السابق، ص ١٧٤-١٧٧، و ما اشار اليه من احكام المحاكم العراقية، ومن هذا الرأي أيضا د. عبدالرحمن نورجان، المصدر السابق، ص ٢٢٦.

(٨٨٧) استاذ حامد مصطفى، المصدر السابق، ص ١٧٥.

اما الاتجاه الفقهي الثاني فانه يرفض مزاعم الاتجاه الأول و يؤكد وجود قواعد القانون الاداري بمعناها الضيق في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد. ويستدل على ذلك البعض^(٨٨٨) بأن انجلترا (النموذج الأمثل للقضاء الموحد) ككل دولة متحضرة لها قانون اداري، فلا يعقل و هي الدولة ذات النظام الدستوري المتين ان ينعدم فيها قانون اداري يدعم هذا الدستور طالما كان القانون الاداري هو المنوط به ضبط حركة السلطة التنفيذية، يضاف اليه ان انجلترا وان لم تعرف اصطلاح (القانون الاداري) ولكن مدلوله عندها اكثر من أي دولة أخرى، فالضوابط القانونية على اعمال السلطة التنفيذية موجودة و متوفرة بكثرة لا يكاد يطاولها فيها دولة أخرى.

ويرى الآخرون^(٨٩٩)، انه من غير الصحيح الزعم بعدم وجود قانون اداري قطعاً في الدول الانكلو-امريكية، وانه من الخطأ ايضاً الاعتقاد بان القانون الاداري في تلك الدول لا يزال مقصوراً على مجموعة القواعد التنظيمية (الجانب الوصفي) دون وجود قواعد قانونية له أي الجانب القانوني. اما الدكتور وحيد فاته وان كان متفقاً مع مبدأ تقسيم الدول الى دول ذات النظام الاداري (نظام القضاء المزدوج) و دول ليس لها نظام اداري الا انه اوجب التفرقة بين النظام الاداري و القانون الاداري أي اكد التلازم بين شكل النظام القضائي و القواعد الادارية، وقد قرر أن انجلترا رغم انها من الدول التي ليس لها نظام اداري (قضاء اداري متخصص) غير انه يوجد بها قانون اداري^(٩٠٠).

وينضم الى هذا المذهب أيضاً الدكتور سليمان محمد طماوي و ذلك بقوله "و حقيقة الامر ان انعدام المحاكم الادارية في الدولة لا يعني بذاته انعدام القانون الاداري فيها كما ان وجود المحاكم الادارية لا يستلزم بالضرورة وجود قانون اداري كامل" ويتابع قائلاً بان مجلس الدولة الفرنسي و مجالس المقاطعات قد تأسست في وقت كان القانون الاداري فيه شبه معدوم كما ان مصر و بلجيكا قبل سنة ١٩٤٦ لم تكن بهما محاكم ادارية، مع ذلك كان فيهما قانون اداري على درجة من النمو، وهذا بلا شك يؤكد عدم وجود العلاقة بين شكل القضاء في الدولة و القانون السائد فيها^(٩١١). وعلى هذا الاساس وتأثراً بهذا الاتجاه يرى البعض^(٩١٢)، انه يستفاد من احكام محكمة التمييز في العراق ان هذه المحكمة ترى ان القضاء العادي يختص بالنظر في

(٨٨٨) د. عبد الله العربي، مشار اليه في مؤلف، د. شاب توما، القانون الاداري، الكتاب الاول، المصدر السابق، ص ٢١-و يؤيده هذا الرأي ايضاً د. انور احمد رسلان، بقوله ان الاخذ بوحدة القضاء و القانون لا ينفي امكان وجود بعض قوانين ادارية متميزة عن القانون الخاص-مؤلفه السابق ص ١٦-١٧.

(٨٩٩) د. عثمان خليل عثمان، مشار اليه في د. شاب توما، القانون الاداري في العراق و اتجاهات محكمة التمييز، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٩٠٠) اشير اليه في مؤلف د. شاب توما، القانون الاداري، الكتاب الاول، ص ٢٢.

(٩١١) مشار اليه في د. ماهر صالح، المصدر السابق، ص ٤٠-٤١.

(٩١٢) المحاكم ضياء شيت خطاب، محاضرات في مبادئ التنظيم القضائي في العراق، ١٩٨٦، ص ٤٣-٤٤، و قد اورد مجموعة من احكام محكمة التمييز منها قرارها المرقم ٨٠٧/٦ في ١٩/١٢/١٩٦٥ الذي نص على انه "وحيث ان منح اجازة البتة الى المميز هو قرار اداري صدر صحيحاً ملزم ولا يجوز ان يتاثر هذا القرار بحصول تصميم لاحق...و يعبر تعرض الادارة للمميز في

المنازعات الادارية بالإضافة الى اختصاصه بالفصل في الخصومات العادية بين الافراد وان من حقه و هو ينظر المنازعات الادارية ان يفصل فيها بوصفه قضاء اداريا وان يطبق في شأنها مبادئ و قواعد القانون الاداري.

ويؤيد هذا الرأي ما أستنتجه الدكتور شاب توما من خلال استقرائه النظام القانوني العراقي في ان المحاكم المدنية في العراق غير ملزمة بالفصل في الخصومات الادارية وفق القانون المدني بل لها ان تطبق من القواعد القانونية ما ينسجم مع طبيعة النزاع المعروض امامها فهو بهذا يكون قد اكد على وجود القواعد الادارية في العراق بالرغم من عدم وجود قضاء اداري متخصص في تلك الفترة. وانه استند في تدعيم قوله الى العديد من الحجج منها عدم وجود نص في الدستور العراقي يقضى بأن تعامل الادارة في اعمالها على قدم المساواة مع الافراد لا في الدستور الحالي ولا في الدساتير السابقة وايضا ما جاء في الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ الذي اشار صراحة الى انه وضع لكي يحكم الروابط القائمة بين الافراد ولم توح الى انه وضع ليطبق على علاقات الناشئة بين الادارة وبين الافراد، يضاف الى ذلك ان القانون المدني العراقي مستقاة من مصدرين اساسيين هما الشريعة الاسلامية و القانون المدني المصري. و المعلوم ان المذكرة الايضاحية للقانون الاخير تشير صراحة الى ان احكامه لا تنطبق الا على العلاقات و الروابط المدنية وحدها أي ان الروابط و العلاقات الادارية لا تخضع للقانون المدني وانما يجب ان يحكمها قانون اخر هو القانون الاداري ويتحتم بذلك على القانون المدني العراقي عدم مخالفة المصدر الذي اقتبس منه احكامه، وان يقتصر تطبيقه على الخصومات المدنية فحسب، وقد اقر بان القضاء العادي العراقي غير ملزم بالفصل في القضايا الادارية وفقا لاحكام القانون الخاص بصفة عامة و احكم القانون المدني بصفة خاصة^(٨٩٣).

يمكننا القول مما تقدم وترجيحا لا حد هذين الاتجاهين، بان الاتجاه الثاني القائل بوجود القانون الاداري بمعناه الضيق في الدول ذات النظام القضاء الموحد هو الاتجاه المرجح في اعتقادنا، صحيح ان هناك ارتباطا عضويا بين القضاء الاداري و القانون الاداري، وان سر وجود الاخير يكون راجعا الى الحلول السليمة واحكام المبادئ لمجلس

اقامة بنائه عملا غير مشروع يستوجب مسؤولية الادارة عن تعديلها و متكلف من مصاريف.. و قرارها المرقم ٢٥٢٧/٢٠ في ١٩٦٦/١١/١٢ بقوله " ولما كان العقد البرمته الادارة مع الما قول من اجل انشاء مرفق عام متوسلة في ذلك بالسلوب القلتون العام بشروط غير مألوفة من اجراء مناقصة..." و ايضا حكمها في ١٩٦٦/٨/٢٨ بشأن سحب الجنسية او منحها، فهذه الاحكام يثبت وجود قواعد القانون الاداري في العراق، انظر مؤلفه السابق، ص ٤٥- و ايضا د. محمد فؤاد، المسؤولية الادارية... المصدر السابق، ص ٥٤-٥٥.

(٨٩٣) د. شاب توما، القانون الاداري، الكتاب الاول، المصدر السابق، ص ٣٢-٣٣.

الدولة و محكمة التنازع الفرنسية، ولكن ذلك لا يعني ان عدم وجود القضاء الاداري في الدولة هو دليل بعدم وجود القانون الاداري و المبادئ الادارية المستقر عليها في الفقه و القضاء الاداريين في دول اخرى. فاحكام محكمة التمييز العراقية التي اوردها ضياء شيت خطاب السابق ذكرها قاطعة في دلالتها على ان القضاء العراقي (في مرحلة القضاء الموحد) قد طبق قواعد ومبادئ القانون الاداري على القضايا الادارية ومنها قضايا مسؤولية الادارة. اذ ليس هناك ما يمنع القضاء العادي من الاستعانة بالقواعد الادارية ومنها قواعد المسؤولية الادارية المعروفة لدى القضاء الاداري و العكس صحيح و دليل ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية د. جيري السابق ذكرها.

لاشك انه وبعد انشاء قضاء اداري مستقل في العراق اصبح امرا مسلما به وجود القانون الاداري بمعناه الضيق فيه. وهكذا يصبح الوضع في العراق ان القضاء العادي يطبق القواعد المدنية كأصل عام على قضايا مسؤولية الادارة عن الاعمال المادية، بينما تطبق محكمة القضاء الاداري القواعد الادارية على قضايا مسؤولية الادارة عن قراراتها غير المشروعة بخصوص الافراد او الموظفين و الداخلة ضمن اختصاصها.



الخاتمة

بعد ان انتهينا من هذا البحث لابد ان نوجز النتائج والافكار التي توصلنا اليها من خلاله وهي:-

١- ان بحث اساس مسؤولية الادارة اقتضى منا بيان الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية، فتبين لنا ان هناك اتجاهين فقهيين اولهما اعتبر مسؤولية الادارة ذات طبيعة مباشرة وذاتية، بينما أكد الثاني على ان لهذه المسؤولية طبيعة غير مباشرة وعن فعل الغير، وكان لكل منهما حججه وادلته، ودعمه من احكام القضاء. وقد ايدنا كلا الاتجاهين ولكن ليس على وجه الاطلاق، اذ اتضح لنا ان لمسؤولية الادارة طبيعة مزدوجة، فيمكن ان تكون ذات طبيعة مباشرة وذاتية في حالات معينة، وذات طبيعة غير مباشرة وعن فعل الغير في احوال اخرى.

٢- ان فكرة التمييز بين العضو والتابع او بين الموظف والمستخدم في مجال مسؤولية الادارة لا تصح اثارها في العراق، لأن الاشخاص العاملين لدى دوائر الدولة وبغض النظر عن مراكزهم الوظيفية، يكونون على مستوى واحد من التمثيل بالنسبة اليها، ومما يؤكد ذلك ما صدر من قرار مجلس قيادة الثورة بخصوص تحويل كافة العمال الى موظفين، كما وان قصر المسؤولية الادارية الواردة في المادة ٢١٩ من القانون المدني على فئة المستخدمين باعتبارهم تابعين دون الموظفين أي الاعضاء، يعمل على هدر الفائدة من نص هذه المادة بالنظر لقلّة المستخدمين (ان لم نقل انعدامهم) نسبة الى العاملين في دوائر الدولة.

٣- ان نظرية التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي هي من النظريات الهامة للقانون الاداري، التي ابتدعها قضاء مجلس الدولة الفرنسي في القرن الحالي، وقد اخذ بها القضاء المصري وخصص المشرع هناك نصا لمعالجتها. اما التشريع والقضاء العراقيان فانهما لم يحذوا حذو زميليهما الفرنسي والمصري، اذ جاء التشريع العراقي خاليا من اية إشارة الى تلك النظريات، كما ان القضاء العراقي لم يأخذ بمبدأ التمييز بين نوعي الخطأ وهذا بحد ذاته يخلق وضعاً متخلفاً لواقع المسؤولية الادارية في العراق، لذا ندعو المشرع العراقي الى معالجة هذا القصور وضرورة اخذه بمبدأ التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي وحيداً لو تم ذلك باضافة نص جديد الى نصوص مشروع القانون المدني الجديد لسنة ١٩٨٤ ليكون قائماً الى جانب نص المادة ١٨ منه، لما سيكون لهذا الاجراء من مردود إيجابي على الجهاز الاداري في العراق وسير الاعمال الادارية فيه.

٤- رغم ان القانون المدني قد اعتبر وفي المادة ٢١٩ مسؤولية الادارة ذات طبيعة غير مباشرة وعن فعل الغير، الا ان القضاء العادي فيه قد اقر وفي بعض احكامه بالطبيعة المباشرة لهذه المسؤولية وذلك عندما نص في تلك الاحكام على مسؤولية الدولة عن خطأ الدائرة او ان الخطأ نتج عن خلل او إهمال في سير أعمال المرفق، أي أنه اشار الى الخطأ المباشرة للدائرة.

٥- ان قواعد المسؤولية الادارية تفضل على قواعد المسؤولية المدنية من حيث مراعاتها لمصالح اطراف المسؤولية، فالقواعد الادارية تقر مبدأ تدرج الخطأ في مجال مسؤولية المرافق العامة وتراعي الظروف والعوامل التي تحيط بها على النحو المذكور انفا. اما القواعد المدنية فلا تأخذ بالاعتبار عند اقرارها مسؤولية الادارة فكرة تدرج الخطأ ولا تراعي اية ظروف وعوامل وانما تكتفي بمجرد توفر الخطأ وفق المعيار المتبع في تقديره.

٦- تلتقي قواعد المسؤولية المدنية وقواعد المسؤولية الادارية في حالات معينة منها:-

أ- مسؤولية الادارة عن الاخطاء الشخصية للموظفين (عدا المنبت الصلة بالوظيفة)، تدفع الادارة التعويض للمضرور وفقا لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع بسبب خطأ الموظف ومن ثم ترجع عليه بمبلغ التعويض، او ان تتقرر مسؤولية الادارة والموظف بالتضامن ازاء المضرور عن اشتراك خطئهما في احداث الضرر. وهذا هو ذات ما اقره قضاء مجلس الدولة الفرنسي في فترة لاحقة من تطوره (منذ سنة ١٩٤٩) بشأن هذه المسؤولية.

ب- مسؤولية الادارة عن الخطأ الذي يقع من موظف مجهول، والخطأ الذي لا يمكن نسبته الى أي من العاملين لدى الادارة، ففي هاتين الحالتين يستوى حكم القواعد الادارية و القواعد المدنية وهو اعتبار الخطأ صادرا عن الادارة نفسها فتتحمل عبء التعويض. فهذا الخطأ يعد من احدى حالات الخطأ المرفقي في القانون الاداري، بينما يسميه القانون المدني بالخطأ المباشر للإدارة. وهذا يعني ان تطبيق القواعد الادارية يكون لصالح المتضرر ذلك لان نطاق مسؤوليتها يكون اوسع مما لو طبقتا قواعد المسؤولية المدنية.

٧- ان موقف التشريعات العراقية يختلف فيما بينها من حيث اساس المسؤولية التبعية للإدارة، فبينما اعتمد قانون الضمانات الملقى وفي مادته الخامسة نظرية تحمل التبعية كأساس لمسؤولية المتبوع او الادارة، نجد ان القانون المدني النافذ اقام مسؤولية الحكومة والاشخاص الاخرى على أساس فكرة الخطأ المفترض. اما قانون اصلاح النظام القانوني ومن بعده مشروع القانون المدني الجديد لسنة ١٩٨٤ وفي المادة ٤١٨ منه فقد أسس مسؤولية الادارة بأعبارها متبوعا على فكرتين، هما فكرة الضمان في حلتي الخطأ الجسيم والخطأ العمدي للموظف، اما في غيرها من الحالات فإن المسؤولية تقوم على اساس نظرية تحمل التبعية. وبذلك فان مسلك واضعي المشروع يعد اكثر واقعية وانسجاما مع العدالة والمنطق من مسلك مشرعي قانون الضمانات الملقى وقانون المدني النافذ.

٨- ان أوجه عدم المشروعية في القرار الاداري حتى اذا كان يكفي تحقيق أي منها لإلغاء القرار الاداري امام القضاء الاداري، الا انها غير كافية لثبوت مسؤولية الادارة عنها دائما، فقضاء مجلس الدولة الفرنسي قد ميز بين هذه الأوجه لعدم المشروعية بحسب جسامتها كل منها وافر المسؤولية على بعض هذه الأوجه دون الاخرى. وقد طبق ذلك ايضا في فترة لاحقة القضاء الاداري المصري. اما محكمة القضاء الاداري في العراق فإنها بادرت بإعمال هذا المبدأ فيما يعرض عليها من قضايا،

ونأمل منها ان تستمر في هذا النهج وان تأخذ به كأصل عام، لكونه منسجما مع مبدأ السياسة الادارية الجيدة.

٩- ومع اتساع النشاط الاداري في العصر الحديث واتساع نطاقه وتطور اساليب الادارة باتت قواعد المسؤولية العادية المبنية على الخطأ عاجزة عن مواجهة كل حالات الضرر ومن هنا ابتدع قضاء مجلس الدولة الفرنسي قواعد المسؤولية على اساس المخاطر لمعالجة كل حالة تعجز قواعد المسؤولية التقليدية عن معالجتها.

١٠- ان اساس مسؤولية الادارة تركز على فكرتين، فكرة الخطأ باعتبارها الاساس العام لهذه المسؤولية، وفكرة المخاطر التي تعد الاساس الثاني والتكميلي لمسؤولية الادارة، فمن غير الصواب تحديد اساس المسؤولية بأحدى الفكرتين او اعتبارهما تنافسان في سبيل تأسيس المسؤولية على الافضل منهما، اذ ان لكل منهما مجال تطبيقه الخاص، فلا يمكن ان تحل إحدى الفكرتين محل الاخرى ، للدور الذي تلعبه كل من النظريتين في مجال مسؤولية الادارة.

١١- اختلف موقف التشريع والقضاء المقارن من نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية، فالقضاء الفرنسي بجهتيه الاداري والعادي تعتبران هذه الفكرة اساسا ثانيا للمسؤولية يقوم الى جانب الاساس التقليدي أي الخطأ، وافرت هذه الفكرة نصوص تشريعية عديدة صدرت في فرنسا نظرا للمزايا التي تحققها بخصوص اعمال الادارة. في حين ان تطبيقات هذا الاساس الجديد هي اقل لدى القضاء المصري، فبينما ترفض جهة القضاء العادي المصري تطبيق نظرية المخاطر، فان جهة القضاء الاداري هناك تطبقها في حالات معينة كأساس استثنائي للمسؤولية وقد اخذ بها المشرع المصري في بعض التشريعات. اما في العراق وفيما عدا الحالات الخاصة التي أقام فيها المشرع المسؤولية على اساس المخاطر، فإنه اعتبر الخطأ اساسا عاما لمسؤولية الادارة، أي ان فكرة المخاطر وردت كاستثناء لا يجوز التوسع فيه، والقضاء العراقي لا يأخذ بهذه الفكرة كأساس للمسؤولية الا في حالات نادرة وفي مجال المسؤولية عن الاشياء، لذا لا يمكن اعتبار المخاطر اساسا ثانيا لمسؤولية الادارة في العراق.

١٢- ان قواعد توزيع الاختصاص في العراق تشوبها عيوب ونواقص يجب معالجتها اسوة بقواعد الاختصاص في فرنسا ومصر. فبينما تقررت الولاية العامة لمجلس الدولة في فرنسا ومصر للفصل في كافة القضايا الادارية، نجد ان اختصاص جهة القضاء الاداري في العراق مقصور على النظر في القرارات الادارية التي لم يعين مرجع للطعن فيها، في حين تختص جهة القضاء العادي بكل قضايا التعويض عن الاعمال المادية وقسم كبير من القرارات الادارية وتطبق بشأن هذه القضايا قواعد المسؤولية المدنية - لذا فان نطاق قواعد المسؤولية الادارية في العراق يكون ضيقا نسبة الى قواعد المسؤولية المدنية التي يتسع نطاقها ليشمل معظم حالات مسؤولية الادارة. ومن هنا نطالب المشرع العراقي بضرورة توسيع اختصاص محكمة القضاء الاداري وتقرير قاعدة عامة تطلق اختصاص هذه المحكمة بكافة دعاوي مسؤولية الادارة لكي تتحقق الفائدة والحكمة من إنشاء هذا القضاء.

- مراجع البحث -

- أ- باللغة العربية
- اولا: الكتب والرسائل:
- ١-القران الكريم
- ٢-د.ابراهيم ابو الليل ود. محمد
الالقي:
- ٣-د.ابراهيم طه الفياض:
- ٤-د. ابراهيم عبدالعزيز شيحا:
- ٥-د. ابراهيم عبدالكريم غازي:
- ٦-د.احمد حافظ نجم:
- ٧-د.احمد حشمت ابو ستيت
- ٨-د.احمد سلامة:
- ٩-د.احمد شوقي عبدالرحمن:
- ١٠-د.احمد عبدالرحمن شرف
الدين ود.محمد رفعت
عبدالوهاب:
- ١١-د.احمد عبدالقادر الجمال:
- ١٢-د. اسماعيل غاتم:
- ١٣-د. انور احمد رسلان:
- ١٤-د. انور سلطان:
- ١٥-د. اوستن رني:
- ١٦-د. اياد الجبار الملوكي:
- ١٧-د.باسل توفيق:
- ١٨-د. بكر القباني:
- ١٩-د. توفيق حسن فرج:
- المدخل الى نظرية القانون والحق، مطابع المقهوي،
الكويت، ١٩٨٦.
- مسؤولية الادارة عن اعمال موظفيها في العراق،
دار النهضة العربية، ١٩٧٣.
- مبادئ واحكام القاتون الاداري اللبناني، الدار
الجامعية بيروت، ١٩٨٣.
- تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية،
ط١، مطبعة الزهر، بغداد، ١٩٧٣.
- القانون الاداري، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٨١.
- مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، ١٩٦٣.
- المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني، دار
النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.
- مسؤولية المتبوع بأعتباره حارسا، المطبعة العربية
الحديثة، ١٩٧٦.
- القضاء الاداري، المكتب العربي للطباعة، بغداد،
١٩٨٨.
- القانون الاداري المصري والمقارن، ج١، ١٩٥٥.
- مصادر الالتزام، ج١، القاهرة ١٩٦٦.
- القانون الاداري السعودي، الادارة العامة للبحوث،
المملكة العربية السعودية، ١٤١٠هـ.
- النظرية العامة للالتزام، ج٢، احكام الالتزام،
١٩٦٢.
- سياسة الحكم، ج٢، ترجمة د. حسن علي الذنون،
بغداد، ١٩٦٦.
- المسؤولية عن الاشياء، ط١، بغداد، ١٩٨٠.
- في سبيل حقوق الانسان، ط١، دار الشؤون الثقافية،
بغداد، ١٩٨٨.
- القانون الاداري الكويتي، مطبعة العصرية، الكويت،
١٩٧٥.
- النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، ج١،

- جامعة الاسكندرية، ١٩٧٨.
- ٢٠- د. ثروت انيس الاسيوطي: مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه المطبعة العالمية، ١٩٦٠.
- ٢١- د. ثروت بدوي: مبادئ القانون الاداري، دار النهضة العربية، ١٩٦٨.
- ٢٢- جبار صابر طه: اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، مطابع جامعة الموصل، ١٩٨٤.
- ٢٣- د. جلال علي عدوي ود. لبيب شنب: مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٥.
- ٢٤- د. حامد مصطفى: مبادئ القانون الاداري العراقي، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٨.
- ٢٥- د. حبيب الهرمزي: الرقابة على المؤسسات العامة في التشريع العراقي، مطبعة الاوقاف، بغداد، ١٩٧٧.
- ٢٦- د. حسن الخطيب: نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، مطبعة الحداد، البصرة، ١٩٦٨.
- ٢٧- د. حسن الذنون: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨.
- ٢٨- د. حسن زكي الابراشي: مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الاول، القاهرة، ١٩٤٩، دار النشر للجامعات المصرية بدون سنة طبع.
- ٢٩- د. حسن السيد بسيوني: دور القضاء في المنازعة الادارية، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١.
- ٣٠- د. حسن صادق المرصفاوي: شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، مطابع الاهرام التجارية، القاهرة، ١٩٧٠.
- ٣١- د. حسن كيرة: المدخل الى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف اسكندرية، ١٩٧٤.
- ٣٢- د. حسني درويش عبد الحميد: نهاية القرار الاداري عن غير طريق القضاء، دار الفكر العربي، ١٩٨١.
- ٣٣- د. حسين عامر وعبدالرحيم عامر: المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، الطبعة الثانية، دار المعارف، ١٩٧٩.
- ٣٤- د. حسن عثمان: القانون الاداري، الطبعة الاولى، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة طبع.
- ٣٥- د. حكمت موسى سلمان: طاعة الاوامر واثرها في المسؤولية الجزائية، الطبعة الاولى، بغداد، ١٩٨٧.
- ٣٦- د. حماد محمود شطا: النظام القانوني للأجور والمرتبات في الوظيفة العامة، دار الفكر العربي، ١٩٧٧.

- ٣٧- حمدي ياسين عكاشة: القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٧.
- ٣٨- خضر عكوبي يوسف: موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الإداري، الطبعة الأولى، مطبعة الحوادث، بغداد، ١٩٧٦.
- ٣٩- د. رمضان أبو سعود: الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٥.
- ٤٠- د. رؤوف عبيد: السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٨٤.
- ٤١- د. رياض عيسى: مقدمة في القانون الإداري الجزائري، الطبعة الأولى، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، تيزي اوزو-جزائر، بدون سنة طبع.
- ٤٢- زهدي يكن: المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، منشورات المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، بدون سنة طبع.
- ٤٣- د. سامي جمال الدين: الرقابة على أعمال الإدارة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٢.
- ٤٤- د. سعاد الشرفاوي: الوجيز في القضاء الإداري، ج ١، دار النهضة العربية، ١٩٨١.
- ٤٥- د. سعاد الشرفاوي: المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٦.
- ٤٦- د. سعد العلوش: مبادئ في القانون العام، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٢.
- ٤٧- د. سعدون العامري: تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية (٢)، بغداد، ١٩٨١.
- ٤٨- د. سعدي اسماعيل البرزنجي: الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الغربي والفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، ١٩٧١.
- ٤٩- د. سعيد عبد المنعم الحكيم: الرقابة على اعمال الادارة في الشريعة الاسلامية والنظم المعاصرة، ط ١، دار الفكر العربي، ١٩٧٦.
- ٥٠- د. سليمان محمد الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري، ط ٢، دار الفكر العربي، ١٩٧٢.
- ٥١- د. سليمان محمد الطماوي: دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤.
- ٥٢- د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري - الكتاب الثاني - قضاء التعويض وطرق الطعن في الاحكام، دار الفكر العربي، ١٩٧٧.
- ٥٣- د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري - الكتاب الاول - قضاء الالغاء، ط ٢، دار الفكر العربي، ١٩٧٥.

- ٥٤- د. سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الادارية، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع.
- ٥٥- د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الاداري - الكتاب الثالث - قضاء التأديب، دار الفكر العربي، ١٩٧٩.
- ٥٦- د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١.
- ٥٧- د. شاب توما منصور: القانون الاداري، الكتاب الاول، ط١، مطبعة دار العراق، ١٩٨٠.
- ٥٨- د. شاب توما منصور: القانون الاداري، الكتاب الثاني، ط١، مطبعة دار العراق، ١٩٨٠.
- ٥٩- د. صادق مهدي السعيد: الضمان الاجتماعي وقانون الضمان الاجتماعي العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٨.
- ٦٠- صباح المفتي: القانون المدني، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٨٠.
- ٦١- د. صبيح مسكوني: القانون الروماني، ط٢، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧١.
- ٦٢- د. صلاح الدين الناهي: محاضرات في قانون المدني العراقي، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٦٠.
- ٦٣- صوفي حسن ابو طالب: مبادئ تاريخ القانون، بيروت، ١٩٦٥.
- ٦٤- ضياء شيت، خطاب: محاضرات في مبادئ التنظيم القضائي في العراق، ١٩٦٨.
- ٦٥- د. طعيمة الجرف: القانون الاداري، ط٥، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٨٥.
- ٦٦- د. طعيمة الجرف: مبادئ القانون الاداري، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٧٨.
- ٦٧- د. طلال عامر المهتار: مسؤولية الموظفين ومسؤولية الدولة، ١٩٨٢.
- ٦٨- عادل احمد الطائي: مسؤولية الدولة عن اخطاء موظفيها، دار الحرية للطباعة بغداد، ١٩٧٨.
- ٦٩- د. عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير، ط١، منشورات العوידات، باريس - بيروت، ١٩٧٨.
- ٧٠- د. عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، ط١، منشورات العوידات، باريس - بيروت، ١٩٧٨.
- ٧١- د. عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الاشياء، ط١، منشورات العوידات، باريس - بيروت، ١٩٨٠.
- ٧٢- د. عباس حسن صراف: المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٤.
- ٧٣- د. عباس عبودي: تاريخ القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٨.

- ٧٤- عبد الباقي محمد سوادي: مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، ط١، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٩.
- ٧٥- د. عبد الحميد كمال الحشيش: دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٤.
- ٧٦- د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ج٢، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤.
- ٧٧- د. عبد الرحمن نورجان الايوبي: القضاء الإداري في العراق حاضره ومستقبله، دار مطابع الشعب، ١٩٦٥.
- ٧٨- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الاول، دار احياء التراث العربي، بيروت بدون سنة طبع.
- ٧٩- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني، ج١، دار نهضة مصر، القاهرة، ١٩٦٦.
- ٨٠- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج١، القاهرة، بدون سنة طبع.
- ٨١- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة لجنة التأليف، القاهرة، ١٩٤٠.
- ٨٢- د. عبد السلام الترماتيني: الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، ط٣، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٢.
- ٨٣- د. عبد الغني بسيوني: القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٧٦.
- ٨٤- د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في القانون، مصادر الالتزام، ط٥، مطبعة النديم، بغداد، ١٩٧٧.
- ٨٥- د. عبد المنعم البدر اوي: اصول القانون المدني المقارن، ط٢، مكتبة السيد عبدالله الوهبة، القاهرة، ١٩٧٠.
- ٨٦- د. عبد المنعم البدر اوي: مبادئ القانون، السيد عبدالله وهبة، القاهرة، ١٩٧٠.
- ٨٧- د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧١.
- ٨٨- د. عبد الملك ياس: اصول القانون، نظريتا القانون والحق، مطبعة سلمان الاعظمي، بغداد، ١٩٦٨.
- ٨٩- د. عبد الوهاب البنداوي: طرق الطعن في العقوبات التأديبية اداريا وقضائيا، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع.
- ٩٠- عبد الوهاب مصطفى وراج لطفي: جرائم الوظيفة العامة، القاهرة، ١٩٦٣.
- ٩١- د. عثمان خليل عثمان: اللامركزية ونظام مجالس المديريات في مصر، ط١، شركة فن للطباعة، ١٩٤٥.
- ٩٢- د. عدنان الخطيب: شركة فن للطباعة، تاريخ القضاء الإداري ونظام مجلس الدولة في سوريا، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٤.
- ٩٣- د. عدنان العابد ويوسف: قانون العمل، ط١، دار المعرفة، بغداد، ١٩٨٠.

- ٩٤-د. عدنان العجلاتي
- ٩٥-عزالدين الدين-اصوري
وعبدالحميد الشواربي
٩٦-علي حسن يونس
- ٩٧-د. علي حسين خلف
وسلطان الشاوي
٩٨-د. علي راشد
٩٩-غازي فيصل مهدي
- ١٠٠-د. غني حسون طه
- ١٠١-فخري رشيد مهنا
- ١٠٢-فريد فتیان
١٠٣-د. فؤاد العطار
١٠٤-فوزي رشيد
- ١٠٥-كامل السامرائي
- ١٠٦-ليون ديكي
- ١٠٧-د. ماجد راغب الحلو
- ١٠٨-د. مالك دوهان الحسن
- ١٠٩-د. ماهر صالح الجبوري
١١٠-د. ماهر عبد الشويش
١١١-د. محسن البيه
- ١١٢-د. محسن خليل وسعد
العصفور
١١٣-د. محسن خليل:
١١٤-د. محسن خليل:
- الوجيز في الحقوق الادارية، ج ١، ط ٢، مطابع دار
الجامعة، دمشق، ١٩٦١.
- المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء،
القاهرة، ١٩٨٨.
- اصول القانون البحري، دار الحماس للطباعة، بدون
سنة طبع.
- المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع
الرسالة، الكويت، ١٩٨٢.
- مبادئ قانون الجنائي، ج ١، ط ٢، القاهرة، ١٦٥٢.
- الشخصية المعنوية وتطبيقاتها في التشريع العراقي،
رسالة الماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة
بجامعة بغداد، ١٩٧٢.
- الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول،
مصادر الالتزام، مطبعة المعالي، بغداد، ١٩٧١.
- اساس المسؤولية ومسؤولية عديم التمييز
التقصيرية، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٧٤.
- مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧.
- القضاء الاداري، دار النهضة العربية، ١٩٦٣.
- الشرائع العراقية القديمة دار الحرية للطباعة
والنشر، بغداد، ١٩٧٣.
- القضاء الاداري في العراق، مطبعة اسماء، بغداد،
١٩٦٣.
- دروس في القانون العام، مركز البحوث
القانونية(١)، ترجمة رشدي خالد، بغداد، ١٩٨١.
- القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية،
اسكندرية، ١٩٨٥.
- المدخل لدراسة القانون، ط ١، مطبعة الجامعة،
بغداد، ١٩٧٢.
- القانون الاداري، جامعة الموصل، ١٩٨٩.
- شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ١٩٨٨.
- المسؤولية المدنية للمعلم، ط ١، مطبعة ذات
السلاسل، الكويت، ١٩٩٠.
- القضاء الاداري منشأة المعارف في الاسكندرية،
بدون سنة طبع.
- قضاء الالغاء دار المطبوعات الجامعية،
اسكندرية ١٩٨٩.
- القضاء الاداري اللبناني، دار النهضة العربية، ١٩٨٢.

- ١١٥-د. محمد ابراهيم الدسوقي تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، بدون سنة طبع.
- ١١٦-د. محمد ابو زهرة الجريمة والعقوبة في الاسلام، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع.
- ١١٧-محمد بن ابي بكر الرازي النظام القانوني للتفويض الاداري، رسالة ماجستير لجامعة بغداد، ١٩٨٤.
- ١١٨-محمد رفاعي الجوجو الحريات العامة وحقوق الانسان، ط١، جروس بريس، طرابلس، لبنان، ١٩٨٦.
- ١١٩-د. محمد سعيد المجذوب القضاء الاداري، مكتبة النصر بالقازيق، قاهرة، بدون سنة طبع.
- ١٢٠-د. محمد الشافعي ابو راس نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، ١٩٨٢.
- ١٢١-د. محمد شريف احمد مسؤولية المتبوع، مطابع سجل العربي، القاهرة، ١٩٧٠.
- ١٢٢-د. محمد الشيخ عمر القانون الاداري، ط١، المكتبة الحديثة للطباعة، بيروت بدون سنة طبع.
- ١٢٣-د. محمد علي ال ياسين نظام الحكم في الاسلام، مطبعة الجامعة، كويت، ١٩٨٧.
- ١٢٤-د. محمد فاروق النبهان المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية، مركز البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧٢.
- ١٢٥-د. محمد فؤاد مهنا مبادئ واحكام القانون الاداري، منشأة المعارف، اسكندرية، بدون سنة طبع.
- ١٢٦-د. محمد فؤاد مهنا حقوق الافراد ازاء المرافق العامة والمشروعات العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة الشاعر، اسكندرية، ١٩٣٢.
- ١٢٧-د. محمد فؤاد المهنا الرقابة القضائية على اعمال الادارة، ١٩٦٧.
- ١٢٨-د. محمد كامل ليلة المسؤولية عن الاشياء مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٧.
- ١٢٩-د. محمد لبيب شنب الموجز في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩.
- ١٣٠-د. محمد لبيب شنب الادارة المحلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- ١٣١-د. محمد محمد بدران المسؤولية الجنائية، ط١، مطبعة جامعة فؤاد الاول، ١٩٤٨.
- ١٣٢-د. محمد مصطفى القلبي الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، القاهرة، ١٩٦٨.
- ١٣٣-د. محمود جمال الدين زكي القضاء الاداري، ط٦، ١٩٧٢.
- ١٣٤-د. محمود حافظ المسؤولية الدولية. معهد الدراسات العربية العالمية، ١٩٦٢.
- ١٣٥-د. محمود حافظ غاتم

- ١٣٦- د. محمود حلمي
موجز مبادئ القانون الإداري، ط ١، دار الفكر العربي، ١٩٧٨.
- ١٣٧- د. محمود حلمي
القضاء الإداري، ط ٢، ١٩٧٧.
- ١٣٨- د. محمود سلام زنتي
مبادئ القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة الطليعة، اسيوط، ١٩٧٨.
- ١٣٩- د. محمود سعد الدين شريف
شرح قانون المدني العراقي، ج ١، ١٩٥٥.
- ١٤٠- د. محمود عاطف البنا
القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨.
- ١٤١- د. محمود عثمان الهمشري
المسؤولية الجنائية عن فعل الغير، ط ١، دار الفكر العربي، ١٩٦٩.
- ١٤٢- د. محمود محمد حافظ:
القرار الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٧٥.
- ١٤٣- د. محمود محمود مصطفى
شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط ١٠، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٣.
- ١٤٤- د. محمود مختار البريري
المسؤولية التقصيرية للمصرف دار الفكر العربي، ١٩٨٦.
- ١٤٥- د. مصطفى العفيفي و د. بدرية الجاسر
السلطة التأديبية بين الفاعلية والضمنان، مطبعة حسان، القاهرة، ١٩٨٢.
- ١٤٦- د. مصطفى كامل
شرح القانون الإداري، ط ١، مطبعة النجاح، بغداد، ١٩٤٩.
- ١٤٧- د. منذر الشاوي
مذاهب القانون المكتبة القانونية (١)، دار الحكمة، ط ٣، ١٩٥١.
- ١٤٨- د. منذر عبدالحسين الفضل
النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، ط ١، بغداد، ١٩٩١.
- ١٤٩- د. منصور ابراهيم العتوم
المسؤولية التأديبية للموظف العام، ط ١، ١٩٨٤.
- ١٥٠- د. منصور مصطفى منصور
المدخل للعلوم القانونية، مكتبة السيد عبدالله الوهبة، ١٩٦٣.
- ١٥١- منير القاضي:
محاضرات في القانون المدني، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٤.
- ١٥٣- د. منير محمود الوتري:
في القانون الإداري، ط ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٦.
- ١٥٤- د. مقدم السعيد
التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، ط ١، دار الحداثة بيروت، ١٩٨٥.
- ١٥٥- همزة خسرو عثمان
نظرية تحمل التبعية وتطبيقاتها في التشريع المقارن، رسالة ماجستير في بغداد، ١٩٨٨.
- ١٥٦- يوسف نجم جبران
النظرية العامة للموجبات، القانون والجرم وشبه الجرم، ط ١، منشورات عويدات، بيروت-باريس، ١٩٧٨.
- ١٥٧- المتجد في اللغة والاعلام
ط ٢٨، دار المشرق بيروت، ١٩٨٦.
- ثانيا- البحوث والمقالات

محاولة في تحديد معالم الاساس القانوني للمسؤولية عن الاشياء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والفقه والقضاء المدني، بحث منشور في مجلة الحقوق والشرعية-تصدرها كلية الحقوق والشرعية بجامعة الكويت، ع ١، س ٥، ١٩٨١، ص ص (٣٥-٦٣).

١٥٨- د. ابراهيم طه الفياض

المسؤولية عن الالات الميكانيكية، بحث منشور في مجلة العدالة-يصدرها مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، ع ٤، س ١٩٧٨، ص ص (٦٨٨-٦٩٧).

١٥٩- احمد مصطفى ناصر

المحاكم الادارية في العراق، بحث منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، العددان الاول والثاني، س ٤٣، ١٩٨٨، ص ص (٥٧-٩٦).

١٦٠- جعفر ناصر حسين

القضاء الاداري ونشوء مجلس الدولة، بحث منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، العددان الرابع والخامس، ١٩٥٠، ص ص (٣٢-٥٠).

١٦١- حامد مصطفى

مسؤولية الدولة، مقال منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، ع ٣، س ١٣، ١٩٥٥، ص ص (٥٠-٢٦).

١٦٢- د. حسن زكريا

مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع، بحث منشور في مجلة العدالة-يصدرها مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، ع ٣، س ٥، ١٩٧٩، ص ص (٨٣٩-٨٥٥).

١٦٣- حسن عزيز عبدالرحمن

المسؤولية المادية (نظرية تحمل التبعية)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية-تصدرها كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، عدد خاص، مايس ١٩٨٤، ص ص (٢١-٥٦).

١٦٤- د. حسن علي الذنون

استجواب الخصوم في الدعاوي المدنية والتجارية، بحث منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، العددان الاول والثاني، س ٣٣، ١٩٧٨، ص ص (٤١-٧٤).

١٦٥- حسين المؤمن المحامي

نظرات في النظام القانوني لاتضباط موظفي الدولة في العراق، بحث منشور في مجلة الابحاث للعلوم الانسانية، تصدرها جامعة صلاح الدين، ع ٢٤-٣، س ٢، ج ٢، ١٩٩٠، ص ٧٤٧ ص ٧٨٣.

١٦٦- د. سعدي اسماعيل برزنجي
د. عبدالرحمن رحيم عبدالله

- ١٦٧- د.شباب توما منصور السلطة الادارية المختصة باتخاذ القرار الاداري، مقال منشور مجلة العلوم القانونية والسياسة- تصدرها كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، ١٤، المجلد الثاني، ١٩٧٨، صص (٧-٢٣).
- ١٦٨- د. شباب توما منصور تعليق على قرار الحكم (رقابة القضاء على انتهاء الادارة لقرارها بإرادتها المنفردة، مقال منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، العددان الاول والثاني، س٤٦، ١٩٩١، صص (٢٨٧-٢٩٦).
- ١٦٩- د.شباب توما منصور القانون الاداري في العراق واتجاهات محكمة التمييز، بحث منشور في مجلة القانون المقارن- تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، ع٢٤، س١٩٦٨، صص (١٠٣-١٢٩).
- ١٧٠- د.شعيب احمد سليمان المسؤولية المبنية على تحمل التبعة، بحث منشور في مجلة القانون المقارن-تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، ع١٥، س١٩٨٣، صص (٣٦٩-٣٩١).
- ١٧١- ضياء شيت خطاب رأي القضاء العراقي في مسؤولية الدولة عن اعمال موظفيها في حادث سجن كوت، مقال منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، ع٤٤، ١٩٥٨، صص (٥٠٥-٥٢٦).
- ١٧٢- ضياء شيت خطاب رقابة القضاء العراقي على القرار الاداري، بحث منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، ع٤٤، س١٣، ١٩٥٥، صص (٢٤-٤٢).
- ١٧٣- د.عبدالباقي نعمة الله المحاكم الادارية في ضوء القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧، بحث منشور في مجلة القانون-تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، ع١٠، س١٩٧٩، صص (١٥٩-١٨٤).
- ١٧٤- عبدالجبار التكرلي مسؤولية الحكومة وموظفيها، مقال منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، ع٥٤، س١٩٤٣، صص (٥١٤-٥٢٦).
- ١٧٥- عبدالرحمن خضر الادعاء الشخصي وتطوره بعد صدور قانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٤٣، بحث منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، ع٢٤، س١٩٤٥، صص (١٢٦-١٥٩).
- ١٧٦- د.عبدالرحمن رحيم عبدالله مسؤولية الادارة على اساس الخطأ، بحث غير منشور مكتوب بخط اليد، ١٩٩٤، صص (١-٤٦).

- ١٧٧- د. عبدالرحمن رحيم عبدالله
اللامركزية الادارية واللامركزية الفدرالية، بحث منشور في مجلة القانون والسياسة-تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة صلاح الدين، ع١٤، ١٩٩٤، صص (١٣١-١٤٨).
- ١٧٨- د. عبدالرزاق عبدالوهاب
المحاكم الادارية في العراق وفاق تطویرها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسة-تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، عدد خاص، مايس، ١٩٨٤، صص (١١٣-١٣٣).
- ١٧٩- د. عدنان عبود احمد
الحكومة المحلية كياناتها ووظائفها في انكلترا والجمهورية العراقية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن-تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، ع١٧٤، ١٩٨٥، صص (٧١-١٢٦).
- ١٨٠- د. غازي عبدالرحمان ناجي
المسؤولية عن الاشياء غير الحية وتطبيقاتها القضائية، بحث منشور في مجلة العدالة، يصدرها مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، ع٢٤، س٧، ١٩٨١، صص (٩-٨٥).
- ١٨١- د. علي راشد
عن الارادة والعمد والخطأ والسببية في نطاق المسؤولية الجنائية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية-تصدرها جامعة عين شمس في مصر، ع١٤، س٨، ١٩٦٦، صص (٣-٢٤).
- ١٨٢- د. عصام عبدالوهاب
مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الاداري العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية-تصدرها كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، العددان الاول والثاني، ١٩٩٠، صص (١١٤-١٨٦).
- ١٨٣- د. غازي عبدالرحمان ناجي
مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع، بحث منشور في مجلة العدالة-يصدرها مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، ع٣٤، س١، ١٩٧٥، صص (٦٣٣-٦٦٤).
- ١٨٤- د. فاروق احمد الخماس
محكمة قضاء الاداري في ضوء قانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية-تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، العددان الاول والثاني، المجلد التاسع، ١٩٩٠، صص (٢٠٣-٢٣٥).
- ١٨٥- فريد فتيان
المسؤولية عن فعل الغير، بحث منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، ع٤، ١٩٥٢، صص (٣٥-٦٦).
- ١٨٦- د. محمد ابو زهرة
ولاية المظالم في الاسلام، مقال منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، العددان الرابع والخامس، س١٨، ١٩٦٠، صص (٥٤٢-٥٥٧).

- ١٨٧- د. محمد ظاهر معروف مجلس الانضباط العام، بحث منشور في مجلة الحقوقية - تصدرها جمعية الحقوقيين العراقيين، العددان الثاني والثالث، س ١٩٧٣، ٥، ص (٥٦-٧٢).
- ١٨٨- د. محمود نجيب حسني علاقة السببية في قانون العقوبات، بحث منشور في مجلة المحاماة - تصدرها نقابة المحامين في مصر، ع ١، س ١٩٦٢، ٤٣، ص (٩٧-١١٣).

ثالثاً- القوانين والمواثيق :-

- ١٨٩- قانون الضمانات العراقي رقم ٥٤ لسنة ١٩٤٣، مجلة القضاء، ع ٤، س ١٩٤٣، ٢.
- ١٩٠- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، مطبعة بغداد، ١٩٨٦.
- ١٩١- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، سلمان بيات، ج ١، القضاء العراقي، بدون سنة طبع.
- ١٩٢- الاسباب الموجبة لقانون ذيل قانون اصول المحاكمات الحقوقية.
- ١٩٣- شرح قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٤.
- ١٩٤- قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٦٥٢ في ١٨/٥/١٩٨١-مجلة القضاء، ع ٢، ١٩٨٧.
- ١٩٥- قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧، وزارة العدل، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٩.
- ١٩٦- مشروع القانون المدني العراقي الجديد لسنة ١٩٨٤، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٤.
- ١٩٧- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩٠ - المنشور في الوقائع العراقية بعدد ٣٣٥٦ في ٣/٦/١٩٩١.
- ١٩٨- القانون المدني لجمهورية روسيا الاشتراكية السوفيتية، النص الرسمي، ترجمة د. ثروت انيس الاسيوطي، دار التقدم، موسكو، ١٩٧٣.
- ١٩٩- اساسيات التشريع المدني لاتحاد الجمهوريات السوفيتية الاشتراكية والجمهوريات المتحدة، ترجمة د. محمد لبیب شنب، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، ع ٢، ١٩٦٦.
- ٢٠٠- الاسباب الموجبة لقانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧، وزارة العدل، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٩.
- ٢٠١- قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته، دار القادسية، ط ١، بغداد، ١٩٨٦.
- ٢٠٢- قانون السلطة القضائية رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٧.
- ٢٠٣- قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل وزارة العدل، مطبعة العباس، بغداد، ١٩٩٠.
- ٢٠٤- قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩، وزارة العدل، ط ٢، بغداد، ١٩٨١.

- ٢٠٥- التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي لسنة ١٩٧٤، ط٤، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧.
- ٢٠٦- نظام تعين وترقيع المستخدمين المعدل رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٨.
- ٢٠٧- الدستور المؤقت العراقي الصادر في ١٩٧٠/٧/٦، وزارة العدل، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨.
- ٢٠٨- قانون العمل رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠، المعدل، منشورات المؤسسة العامة للعمل والتدريب المهني، بغداد، ١٩٨١.
- ٢٠٩- قانون مطبوعات العراق رقم ٢٠٦ لسنة ١٩٦٨، المعدل.
- ٢١٠- قانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

رابعاً- الدوريات ومجموعات الاحكام والنشرات القضائية:

- ٢١١- مدونة التشريع والقضاء في المواد المدنية والتجارية، عبد المنعم حسني، ج ١، س ٣، ١٤.
- ٢١٢- القضاء المدني العراقي، سلمان بيّات، ج ١، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٢.
- ٢١٣- موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية، ج ٦، المجلدين ١٤-١٥، القاهرة، ١٩٧٥-١٩٧٦.
- ٢١٤- احكام القضاء العراقي، عبدالعزيز السهيل، ج ١، ١٩٦٢.
- ٢١٥- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، ابراهيم المشاهدي، مركز بحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٨.
- ٢١٦- الموسوعة العدلية، علي محمد ابراهيم الكرياسي- تصدرها مكتبة شركة التأمين الوطنية، ع ١٩٩١، ٢٤-١٩٩٢، ٥٤-١٩٩٢، ٣٤-١٩٩٢، ٦٤-١٩٩٢، ٩٤-١٩٩٢.
- ٢١٧- مجلة مجموعة الاحكام العدلية- تصدرها وزارة العدل، ع ١٩٧٩، ٤٤-١٩٧٩، ٢٤-١٩٧٩، ٣٤-١٩٧٨، ٢٤-١٩٨٦، ٢٤-١٩٨٨، ١٤-١٩٨٩.
- ٢١٨- مجلة العلوم القانونية والسياسة- تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، ع ١، المجلد ١، ١٩٦٩.
- ٢١٩- الوقائع العراقية- ع ٢٦١٩٤ في ١١/٧-١٩٧٧، ع ٣١٨٨٤ في ٨/٢-١٩٨٨.

ب- باللغة الاجنبية:

اولاً- باللغة الفرنسية:

١- الكتب والمقالات:

220-Andre de Laubadere: Traite de droit administratif, Septieme edition, Paris, 1976.

221-H.L. Mazeaud et Jean Mazeaud: Traite theorique et pratique de la responsabilite civil, Tom.11, sixime edition, Edition Montchrestien, Pris, 1970.

- 222-H.L. Mazeaud et Tunc: Traite theorique et pratique de la Responsabiliite Civile, Tom.premier, sixiem edition, edition Montchrestien, Paris, 1965.
- 223-Rene Chapus: Responsabilite publique et responsabilite privee, les influences reciproques des jurispiudences administrative et judiciaire, Paris, R.P. chonet et R. Durand auzias, (these), 1957.
- 224- Savatier: Traite de la responsabilite civil, Tom. Premier, deuxiem edition, Paries, 1951.

٢-القوانين:

- 225-Gabriel Marty et Pierre Raynaud: Droit civil-les-obligations, Tom11, Volume1, Sirey, 22Rue Soufflot, Paris, 1962.
- 226- M.Ie Pierre Raynaud: Code civil, encyclopedie Juridiane Dalloz, deuxieme edition,7 Volume, tome I-IIIV, Paris, 1973- 1974.

ثانيا- باللغة الانكليزية:
الكتب والمقالات:

- 227-Barry Nicholas: An introduction to Roman Law, Oxford at the clarndon press, Great Britain, 1972.
- 228-H.L.A.Hart &A.M. Honore: Causation the Law, Oxford University, Press, reprinted from corrected sheet of the first edition, 1973.
- 229-Hood Philips: Constitutional and administrative Law, fourth edition, 1973.
- 230-H.W.R.WADE: Administrative Law, second edition, Giarendon press, Oxford, 1963.
- 231-Jillinda tailey-Suzanna Baile:, business Law,Long man exam guides, the bath press avon, London, 1986.
- 232-John G. fleming: the Law of Tort,Sydney Melbourne brisbane perth, 1977.
- 233-P.S.Atiyah: "Vicarious liability in the Law of Torts", London, Butter worths, 1967.
- 234-S.H.Bailey-C.A.Cross-J.F.Garner:Cases and Materials in administrative Law, Sweet&Maxweel, London, 1977.
- 235-Smith and Keenans: English Law, denis Keenan, ninth edition, pitman, London, 1990.

ABSTRACT

This dissertation which is named as (The Base of Administration Responsibility and its Rules). Is a comprehensive study between Jurisprudence and justice of the public law and Jurisprudence and justice of the privy law using the manner of "Comparison of regimes", with the regimes of France, Egept, and Iraq as practical examples.

As a first step, I divide my thesis to a primary chapter and two parts then I arranged the whole research according to the following system:

-Firstly in the primary chapter I studied the historical development of the bases and the rules of administration responsibility beginning from the ancient periods and ending with the law in present days.

-Then I get in to the heart of the matter, where in the first part I studied the bases of administration responsibility, and there it becomes clear that it has two bases, the first base relies on the "theory of fault" and I studied it in the second chapter of that part, while the second relies on the "theory of risks" I investigated the matter in the third chapter of the part.

Certainly, before all this, I studied a subject which has a vital-connection with the base of such responsibility, which is the legal nature of administration responsibility, because the complete understanding of this base is depending generally on the degree of understanding the nature of such responsibility. I studied this subject in the first chapter of this part. In this chapter it becomes clear that there are two theoretical directions about the nature of administration responsibility, the first states that this responsibility has direct and autonomous nature, while the second asserts that such responsibility has a non-direct nature and vicarious liability, and it obeys the article (1384) of the "French civil code" and the article (174) of the "Egyptian civil law" and the article (219) of the "Iraqi civil law".

The second part contains the rules that rule the administration responsibility, and I divide it in two sections, the first one deals with the rules that identify the court with the concerned

with the rules that identify the court with the concerned competence in the cases of administration responsibility, and whether this court is the ordinary courts or the administrative courts; the second deals with the subject rules which applied to this responsibility, these rules are either those ones which is applied in the civil law (the rules of civil responsibility), or it's the rules of administrative responsibility which adapted by "Conseil d Etat", this deference in the rules has its affects on the base that this responsibility depend on, in both of the "public law jurisprudence" and the "privity law jurisprudence".

Finally I summarized in the conclusion, the most important results I reached to, in this research.

MY ALLAH GRANT SUCCESS



منتدى اقرأ الثقافي

www.iqra.ahlamontada.com



**THE BASE AND RULES
OF
ADMINISTRATION RESPONSIBILITY**
Acomparative study

**BETWEEN JURISPRUDENCE & JUSTICE
OF THE PUBLIC LAW AND JURISPRUDENCE
& JUSTICE OF THE PRIVY LAW**

**By
Abdulmalik Y. Mohammed**

Faculty of Law
University of Salahaddin - Arbil

First edition

1999